Der Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht

§ 1233 Abs. II BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinrich Rowoldt

Referendar aus Aurich

Berichterstatter:
Professor Dr. Wolfgang Lein

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1936

Der Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht

§ 1233 Abs. II BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Heinrich Rowoldt

Referendar aus Aurich

Berichterstatter:
Professor Dr. Wolfgang Hein

Dissertations-Druckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

[illegible]

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0145

Inhaltsübersicht.

			Seite:
Die Arten des Pfandverkaufs.	§ 1		1
I. Teil.			
Die Erlangung des vollstreckbaren Titels.			
A. Der Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht . .	§ 2		4
I. Der vollstreckbare Titel	§ 3		5
1. Das Urteil und seine Rechtsnatur. . .	§ 4		6
2. Das negative Feststellungsurteil. . . .	§ 5		9
3. Der Prozeßvergleich.	§ 6		10
4. Der Urkundenprozeß. Das Mahnverfahren. Die vollstreckbare Urkunde.	§ 7		10
II. Die Klage gegen den Verpfänder.			
1. Die Zulässigkeit der Klage beim Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht.	§ 8		13
2. Der Zeitpunkt der Gutgläubigkeit. . .	§ 9		16
III. Die Einwendungen gegen die Klage des Pfandgläubigers.	§ 10		17
B. Die Kosten des Rechtsstreits.	§ 11		21
I. Die Kostenentscheidung nach § 1 Pr.G.K.G. § 91 ZPO.	§ 12		21
II. Der Beklagte erkennt den Anspruch an. . .	§ 13		22
III. Die Beweislast.	§ 14		24
II. Teil.			
Durchführung des vollstreckungsmäßigen Pfandverkaufs.			
A. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung.			
I. § 811 ZPO.	§ 15		26
II. §§ 814 ff. ZPO.	§ 16		26
III. Insbesondere § 816 Abs. I ZPO. . . .	§ 17		31
IV. Der Gewährleistungsanspruch: § 806 ZPO. .	§ 18		31
B. Die nicht anwendbaren Vorschriften der Zivilprozeßordnung.	§ 19		34
C. Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf. . . .	§ 20		37
D. Der Eigentumserwerb des gutgläubigen Erstehers. .	§ 21		41

Schrifttumsverzeichnis.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Drittes Buch Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Bloch: Die Wirkungen des Mobiliar-Pfandverkaufs nach bürgerlichem Gesetzbuche. Diss. Würzburg 1902.

Brand: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. 1911.

Buhl: Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1901.

Burghart: Inwieweit tritt der Mietzinspfändungsgläubiger in die Rechte des Vermieters ein? Praktische Folgen des Rechtsübergangs. in: Seuff. Bl. Bd. 73. S. 403 ff.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Damm, v.: Haftung für Eigenschaften einer zwangsweise versteigerten Sache, wenn der Gerichtsvollzieher das Vorhandensein der Eigenschaften zugesichert hat. in: ZZP. Bd. 42 S. 507 ff.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl.

Dickel: Rechtsfälle. Heft 1. 3. Aufl. 1913.

Dümchen: Schuld und Haftung, insbesondere bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten. in: Iherings J. Bd. 54 S. 355 ff.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 3. Aufl.

Eccius: Besprechung 4. in Gruch. Bd. 43 S. 267 ff.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. in: Gruch. Bd. 43. S. 305 ff.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. 1909.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1932.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. II. Teil, 2. Aufl. 1914.

Foerster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1926.

Fuchs: Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. Bd. I. Materielles Grundbuchrecht. 1902.

Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. November 1933. 15. Aufl. 1934. (Stein).

Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 18. Bd., 1. Heft, 1909.

Geib: Die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut insbesondere nach § 741 CPO. in: Arch. Ziv. Prax. Bd. 94 S. 317 ff.

Geib: Die Pfändung eingebrachter im Besitz des Mannes befindlicher Mobilien. in: Arch. Ziv. Prax. Bd. 97 S. 161 ff.

Gierke, Otto, v.: Deutsches Privatrecht. 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1912.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Aufl. 1900.

Hanke: Das Sonderrecht des Viehkaufes. 1910.

Hein, Wolfgang: Duldung der Zwangsvollstreckung. in: Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, herausgg. von Leonhard 34. Heft, 1911.

Hein, Wolfgang: Zu JW. 1928 S. 760 Nr. 4.

Hein, Amtsgerichtsrat: Arrest in eingebrachtes Frauengut. in: JW. 1911, S. 167.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts. I. Bd. 1903.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. I. Teil. 1912.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung. in: Festschrift für Seine Königliche Hoheit den Prinzregenten Luitpold von Bayern, II, S. 45 ff. 1901.

Hellwig: Rechtskraft und Einrede der Arglist. in: „Recht" 1910 Sp. 713 ff.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 5. Bd., 1. Heft. 1924.

Hirsch: Die Uebertragung der Rechtsausübung. Vervielfältigung der Rechte. I. Teil. 1910.

Kaufmann: Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt. in: Gruch. Bd. 53. S. 325 ff.

Koenige: Handausgabe des Handelsgesetzbuchs. 2. Aufl. 1929.

Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

Landau: Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. in: Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 457 ff.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Langheineken: Der Urteilsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht. 1899.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. 15. Bd., 1. Heft. 1906.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß. II. Bd. 1916.

Leonhard: Die Beweislast. 2. Aufl. 1926.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes. 6. u. 7. Aufl. 1914.

Nebinger: Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf und seine Wirkungen. Diss. Stuttgart. 1908.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich.

Neumann: Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörende Sachen. in: DJZ. 1901 S. 16 ff.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 5. Aufl. 1929.

Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1905.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl.

Reichmayr: Die Zwangszahlung aus fremden Mitteln. 1910.

Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Aufl. 1934. (RGR-Komm.).

Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. 1933.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. in: Iherings J. Bd. 50 S. 55 ff.

Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1903.

Siber: Zu JW. 1932 S. 3761 Nr. 3.

Sievers: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. im: Sächs. Arch. Bd. 14 S. 289 ff.

Smoira: Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörende Sachen. 1911.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. 1929.

Staub: Der Tenor im Pfandprozesse. in: Gruch. Bd. 27 S. 707 ff.

Staudinger, v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl.

Stein: Der Urkunden- und Wechselprozeß. 1887.

Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. 1913.

Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 21. Aufl. 1935.

Tuhr, v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. 1930.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. 1906.

Wolff: in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV. Bd. 1. Abteilung. 1917.

Wolff: Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. in: Festgabe für Hübler. 1905.

— — — —

Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. III. Bd. 1899.

Motive: zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1888 (Mot.).

Protokolle: der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III. 1899 (Prot.).

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches.

Archiv für die Ziviliſtiſche Praxis (Arch. Ziv. Prax.).

Beiträge zur Erläuterung des Deutſchen Rechts, begründet von Gruchot (Gruch.).

Blätter für Rechtsanwendung, begründet von Seuffert (Seuff. Bl.).

Deutſche Juriſtenzeitung (DJZ).

Entſcheidungen des Reichsgerichts in Zivilſachen (RGZ).

J. A. Seufferts Archiv für Entſcheidungen der oberſten Gerichte in den Deutſchen Staaten (SA).

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. (Iherings J.).

Jahrbuch der Entſcheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Koſten-, Stempel- und Strafſachen (KGJ).

Juriſtiſche Wochenſchrift (JW).

Das Recht („Recht").

Die Rechtſprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG).

Sächſiſches Archiv für Deutſches Bürgerliches Recht. (Sächſ. Arch.).

Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard.

Zeitſchrift für deutſchen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. (ZZP).

Zeitung der Anwaltskammer im Oberlandesgerichts-Bezirk Naumburg a. S. (Naumburger Z.).

Die Arten des Pfandverkaufs.

§ 1.

Dem Gläubiger eines Fahrnispfandes sind vom Gesetz verschiedene Wege gegeben, um das Pfand zu verkaufen:

1. Einmal kennt das Gesetz als Regelfall den privaten Verkauf entsprechend den Vorschriften der §§ 1234 — 1240 BGB. Dieser Privatverkauf ermöglicht es dem Gläubiger, schnell und ohne einen Prozeß über sein Recht zum Verkauf, zu seinem Gelde zu kommen. Aber dieser Weg hat für den Gläubiger auch Gefahren. Denn wenn sich später herausstellt, daß der Gläubiger zur Veräußerung nicht oder noch nicht berechtigt war, so ist er dem Pfandeigentümer ersatzpflichtig.
2. Im § 1233 Abs. II BGB. gibt das Gesetz dem Gläubiger Gelegenheit, den Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht bewirken zu lassen, sofern er gegen den Eigentümer für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel erlangt hat. (Beim Pfandrecht an anderen Rechten als Forderungen ist dieser vollstreckbare Titel sogar obligatorisch. § 1277 BGB.). Der Vorteil, den der Gläubiger hierdurch erlangt, liegt darin, daß er von den beengenden Vorschriften der §§ 1234 — 1240 BGB. befreit und gegen die Ersatzpflicht, die sich aus einem unberechtigten Verkauf ergeben kann, geschützt ist. — Vgl. § 806 ZPO. — Ferner ist es für den Gläubiger von Wichtigkeit, daß sich dieser Verkauf lediglich nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung richtet.

   Für das Pfandrecht am Inhaberpapier und dem im Inhaberpapier verbrieften Rechte gelten gemäß § 1293 BGB. die Grundsätze über das Pfandrecht an beweglichen Sachen. Dementsprechend kann auch dieses Pfand nach Erlangung eines vollstreckbaren Titels nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung verkauft werden. §§ 1293, 1233 Abs. II BGB. Nachdem der Pfandgläubiger dem Eigentümer des Inhaberpapiers gegenüber für berechtigt erklärt ist, sich aus dem Papier zu befriedigen, kann er das Papier durch einen Gerichtsvollzieher freihändig verkaufen oder gegebenenfalls öffentlich versteigern lassen[1]).

---

[1]) In diesem Zusammenhange muß auf die handelsrechtliche Klage auf Gestattung der Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache hingewiesen werden. § 371 HGB. Der Zurückhaltende hat dieselbe Rechtsstellung wie der Mobiliarpfandgläubiger. Das ergibt sich daraus, daß die Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache „nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches" erfolgen soll. § 371 Abs. II HGB. Der gemäß § 371 Abs. III HGB. erforderliche „vollstreckbare Titel für das Recht zur Befriedigung" entspricht dem im § 1233 Abs. II BGB. bezeichneten Titel für das Recht zum Verkauf. Alles, was im folgenden zu § 1233 Abs. II BGB. gesagt wird, gilt also auch entsprechend für § 371 HGB.

3. Schließlich gestattet das Gesetz für den besonderen Fall unter gewissen Voraussetzungen Abweichungen von den Bestimmungen der §§ 1234 — 1240 BGB.: §§ 1245, 1246 BGB.: den Pfandverkauf auf Grund obrigkeitlicher Anordnung. Denn die Vorschriften der §§ 1234—1240 BGB. sind nicht zwingendes Recht. Gemäß § 1245 BGB. können der Pfandeigentümer, an dessen Stelle im Falle der Konkurseröffnung der Konkursverwalter tritt, und der Pfandgläubiger den Privatverkauf des Pfandes durch vertragliche Vereinbarungen erschweren oder erleichtern. Eine solche Vereinbarung des freihändigen Verkaufs des Pfandes ist auch noch im Konkurse des Eigentümers wirksam[2]). Nach § 1246 BGB. kann jeder der Beteiligten verlangen, daß der Verkauf abweichend von den gesetzlichen Normen geschehe. Voraussetzung ist allerdings, daß eine solche Abweichung nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten besser entspricht als die gesetzlich vorgeschriebene Verkaufsart. Einigen sich die Beteiligten nicht über die Art des Verkaufs, so ordnet das Amtsgericht des Ortes, an welchem das Pfand aufbewahrt wird, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit die besondere Art des Pfandverkaufs an. § 1246 Abs. II BGB. § 166 FGG. Vor der Entscheidung soll das Amtsgericht die Beteiligten hören, wenn es tunlich ist. § 166 Abs. II FGG. Diese Anordnung des Gerichts nach § 1246 Abs. II BGB. entspricht der Anordnung des Vollstreckungsgerichts bei dem Verkauf gepfändeter Sachen gemäß § 825 ZPO. Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts steht den Beteiligten das Recht der Beschwerde zu. Die Beschwerde hat gemäß § 24 FGG. keine aufschiebende Wirkung. Der Pfandgläubiger darf deshalb die Pfandsache entsprechend der Entscheidung des Amtsgerichts verkaufen, bevor über die Beschwerde entschieden ist. Wird dann später die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben, so bleibt die inzwischen erfolgte Veräußerung der Pfandsache trotzdem wirksam. § 32 FGG.

4. Wenn der Eigentümer des Pfandes zugleich der persönliche Schuldner ist, so kann der Pfandgläubiger auch in der Weise gegen den Eigentümer vorgehen, daß er seine Forderung ausklagt, gegen den Eigentümer einen vollstreckbaren Titel auf Zahlung der Schuld erwirkt, und in der darauffolgenden Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners vollstreckt. Richtet sich die Zwangsvollstreckung nicht gegen das Pfand, sondern gegen das übrige Vermögen des Schuldners, so steht dem Schuldner das beneficium excussionis realis des § 777 ZPO. zu. Er kann der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert des Pfandes gedeckt ist.

Eine Verwirklichung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts ist dies jedoch nicht. Diese Vollstreckung ist gewöhnliche Zwangsvollstreckung und unterliegt somit ausschließlich den Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Insbesondere ist es erforderlich, daß der Gerichtsvollzieher die bereits durch Rechtsgeschäft verpfändete Sache mit Beschlag

[2]) Vgl. RG in Gruch. Bd. 48 S. 409 ff.

belegt. Zu diesem Zwecke hat der Pfandgläubiger dem Gerichtsvollzieher das Pfand gemäß § 809 ZPO. zur Verfügung zu stellen.

Dieses ganze Verfahren hat somit nichts mit der im § 1233 Abs. II BGB. bezeichneten Art des Pfandverkaufs nach Vollstreckungsrecht zu tun.

I. Teil:

Die Erlangung des vollstreckbaren Titels.

A. Der Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht.

§ 2.

Die im § 1233 Abs. II BGB. zugelassene Art des Pfandverkaufs hat ein bedeutend beschränkteres Gebiet als das oben im § 1 Ziff. 4 dargestellte Verfahren. Denn diese besondere Art des Pfandverkaufs kann nur stattfinden, wenn der Gläubiger gegen den Eigentümer des Pfandes einen vollstreckbaren Titel erlangt hat.

Bevor hier näher auf den Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht eingegangen wird, ist die Frage zu klären, ob das Verfahren nach § 1233 Abs. II BGB., §§ 814 ff. ZPO. einen Akt der Zwangsvollstreckung darstellt oder nur eine besondere Art des Pfandverkaufs bildet. Der I. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat in einem Urteil vom 20. Oktober 1900[3]) ausgeführt, daß es sich nicht um den Verkauf eines Faustpfandes, sondern um einen Zwangsverkauf auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels handelt. Infolgedessen müßten auf diesen Verkauf auch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung zur Anwendung kommen. Das Oberlandesgericht Köln ist mit dieser Ansicht allein geblieben, und die herrschende Lehre wendet sich mit Recht dagegen[4]). Die irrige Ansicht des I. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln geht offensichtlich auf die in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch[5]) vertretene Meinung zurück. Diese will dem Pfändgläubiger gestatten, den für ihn in manchen Beziehungen vorteilhafteren „Weg der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der C.P.O." zu beschreiten. Mit dieser ungenauen Ausdrucksweise hat aber keineswegs gesagt werden sollen, daß die Pfandverwertung im Wege des Vollstreckungsverfahrens eine Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne ist. Ein staatlicher Zwangszugriff findet bei dieser Verkaufsart überhaupt nicht statt. Vielmehr ist der Verkauf nach Abs. II des § 1233 BGB. ebenso wie der Verkauf nach Abs. I

---

[3]) OLG Bd. 1 S. 432.

[4]) Vgl. Biermann § 1233 Anm. 2b; Düringer-Hachenburg, Vorbem. 105 vor § 368; Hein, Duldung S. 177 Anm. 1; Nebinger S. 17; Neumann § 1233 Anm. III 7; Planck § 1233 Anm. 2aα und Anm. 2b; Staub in Gruch. Bd. 27 S. 711; Staudinger § 1233 Anm. II und Anm. IIe; Warneyer § 1233 Anm. II. — — Undeutlich Kretzschmar, der zwar in § 1233 Anm. 3c die Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht nur für die Art und Weise, sondern auch für die Wirkungen des Pfandverkaufs anwenden will, aber andererseits in Anm. 3d die Anwendbarkeit des § 811 ZPO ablehnt.

[5]) Mot. III S. 823.

nur die eigentliche Verwirklichung der vertraglichen Pfandhaftung, des Pfandrechtes selbst, zu dessen Verwirklichung der Gläubiger des vollstreckbaren Titels bedarf. Die materiellrechtliche Grundlage dieses Verwertungsverfahrens ist das vertragliche Pfandrecht. Der vollstreckbare Titel bildet dabei nur die objektive, sachliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verfahrens. Infolgedessen wird man doch sagen müssen, daß der Abs. II des § 1233 BGB. keine Zwangsvollstreckung in das Pfand bezweckt, sondern dem Pfandgläubiger nur eine besondere Art des Pfandverkaufes gestattet.

Der Unterschied, ob man den § 1233 Abs. II BGB. als eine besondere Art des Pfandverkaufes oder als Zwangsvollstreckung zu werten hat, zeigt sich besonders darin, daß z. B. im letzteren Falle der vollstreckbare Titel gemäß § 750 Abs. I ZPO. dem Eigentümer spätestens mit dem Beginn des Verkaufes zugestellt werden muß; ferner müßte der Titel gemäß den §§ 754, 755 ZPO. dem Gerichtsvollzieher übergeben werden. Auch wäre die Vorschrift des § 811 ZPO. zu beachten. Da aber die bloße Pfandverwertung nach vollstreckungsrechtlichen Regeln keine Zwangsvollstreckung in das Pfandobjekt darstellt, kommen auch diese Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht zur Anwendung.

Nach Siber[6]) soll es sich bei dem Verkauf nach Abs. II des § 1233 BGB. um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handeln, der auf Grund eines Feststellungsurteils zu erfolgen hätte. Dieser Ansicht können wir nicht folgen. Der Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. ist von der Erlangung eines vollstreckbaren Titels abhängig. Eine derartige Pfandverwertung kann niemals ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit sein. Das Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit liegt hauptsächlich in der Gestaltung von sich erst entwickelnden Rechtslagen. Hier ist aber die Rechtslage, das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten: Gläubiger — Schuldner — Verpfänder — Pfandeigentümer — schon vor der Erlangung des vollstreckbaren Titels und vor dem Pfandverkauf geschaffen. Das Rechtsverhältnis wird mit Hilfe des vollstreckbaren Titels lediglich zu Ende geführt.

I. Der vollstreckbare Titel.

§ 3.

Wenn der Pfandgläubiger den Verkauf des Pfandes nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken will, muß er für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erwirken. Für die Durchführung des Pfandverkaufes kommt es also nur auf das Vorhandensein dieses vollstreckbaren Titels, nicht etwa auch auf das Bestehen des materiellen Anspruches an. Dieser vollstreckbare Titel kommt hier nur als sachliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Verfahrens in Betracht. Da das Gesetz unter dem vollstreckbaren Titel nur die Feststellung des Verwertungsrechtes versteht, sind die Titel, welche nur diese Verwertung ermöglichen, keine

[6]) JheringsJ. Bd. 50 S. 146 f.

Vollstreckungstitel im eigentlichen Sinne. Andererseits erschöpft sich in dieser Feststellung nicht die gesamte Rechtsbedeutung des Titels. Der Titel ermöglicht die Verwertung des Pfandes nach § 1233 Abs. II BGB. Diese Möglichkeit ist eine der Nebenwirkungen[7]) des Urteils. Da diese Nebenwirkung auf reale Veränderungen abzielt, gebraucht das Gesetz den Ausdruck „vollstreckbare Titel".

Daß der Titel rechtskräftig ist, ist nicht notwendig. Eine vorläufige Vollstreckbarkeit des Titels genügt.

Erforderlich ist aber weiter, daß der Titel sich gegen den Eigentümer des Pfandes richtet. Ein Titel gegen den persönlichen Schuldner oder gegen den Verpfänder ist niemals ausreichend. Der Titel hat ferner das Pfandrecht und nicht die zugrundeliegende Forderung zum Gegenstand. Das Urteil schafft also für das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem persönlichen Schuldner keine Rechtskraft.

Die Klage aus § 1233 Abs. II BGB. ist das fahrnisrechtliche Gegenstück zur Hypothekenklage. Bei beiden Klagen wird nicht ein „Anspruch" im bürgerlich-rechtlichen Sinne geltend gemacht. Beide Klagen bezwecken nicht die Verurteilung des Beklagten zur Leistung. Da die Klage nach § 1233 Abs. II BGB. nicht die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner betrifft, kann das Gericht in diesem Rechtsstreit über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung keine Entschädigung herbeiführen. Wenn freilich der Pfandeigentümer die zugrundeliegende Forderung in dem Prozeß bestreitet, so muß das Gericht das Bestehen der Forderung prüfen. Die Entscheidung darüber befindet sich aber nicht in dem Tenor, sondern in den Gründen des Urteils. Die Rechtskraft erstreckt sich deshalb auch in diesem Falle nicht auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem persönlichen Schuldner.

1. Das Urteil und seine Rechtsnatur.

§ 4.

Die Klage des Pfandgläubigers gegen den Eigentümer des Pfandes gemäß § 1233 Abs. II BGB. stützt sich auf das Pfandrecht, nicht auf die durch das Pfand gesicherte Forderung. Sie richtet sich daher gegen den Eigentümer des Pfandes und nicht gegen den persönlichen Schuldner. Nicht zur Zahlung soll der Beklagte verurteilt werden, sondern es soll dem Kläger gestattet sein, sich aus dem Pfande zu befriedigen[8]). Da diese Klage vom Gesetz deutlich als selbständige Klage behandelt wird, so kann sie unabhängig von der Leistungsklage durchgeführt werden.

Dem Gläubiger ist aber die Möglichkeit gegeben, diese beiden Klagen miteinander zu verbinden. Gemäß § 260 ZPO. ist die objektive Klagenhäufung ohne Rücksicht auf die Verwandtschaft der Klaggründe bei Identität der Parteien zulässig. Der Kläger könnte also den Doppelantrag auf Verurteilung des Beklagten stellen: „. . . zu zahlen und die

[7]) Vgl. Stein, Vorbem. III vor § 704.
[8]) Vgl. Enneccerus III § 167 I 1.

Befriedigung aus . . . wegen der vorbezeichneten Forderung zu gestatten"[9]). Aber auch dann, wenn der Eigentümer des Pfandes und der persönliche Schuldner zwei verschiedene Personen sind, ist das einheitliche Verfahren zulässig. In diesem Falle ergibt sich die Zulässigkeit der Klagenhäufung aus § 60 ZPO.

Die Klage gegen den Eigentümer ist grundsätzlich bei dem Gericht anzustrengen, bei dem der Eigentümer seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. § 12 ZPO. Falls der Eigentümer eine natürliche Person ist, wird der allgemeine Gerichtsstand durch den Wohnsitz des Eigentümers zur Zeit der Zustellung der Klageschrift bestimmt. § 13 ZPO. Das gilt auch, wenn der Eigentümer seinen Wohnsitz im Auslande hat. Der Pfandgläubiger kann seinen Anspruch auch im Wege der Widerklage gegen die Eigentumsklage des Eigentümers geltend machen, weil der Anspruch und der Gegenanspruch in rechtlichem Zusammenhang stehen. § 33 ZPO.

Ein besonderer Anlaß zu der Klage gegen den Pfandeigentümer besteht für den Pfandgläubiger, wenn der Eigentümer gegen die Berechtigung zum Pfandverkauf Einwendungen irgendwelcher Art erhoben hat[10]). Der Pfandgläubiger hat aber nicht nur in diesem Sonderfall, sondern immer das Recht, gegen den Eigentümer im Wege der Klage vorzugehen. Allerdings setzt sich der Pfandgläubiger dabei der Gefahr aus, daß ihm gemäß § 93 ZPO. die Kosten des Rechtsstreites auferlegt werden[11]).

Auf die Fassung des Klageantrages und der Urteilsformel kommt es nicht an. Ebenso wie bei der Hypothekenklage ist es sachlich unschädlich, ob der Eigentümer verurteilt wird, „die Schuldsumme aus der Pfandsache zu leisten" oder „die Zwangsvollstreckung in das Pfand wegen der Schuldsumme zu dulden" oder einfach „zur Duldung des Pfandverkaufes". Die genaueste Form der Urteilsfassung dürfte sein, wenn *festgestellt* wird, „daß der Kläger berechtigt ist, das Pfand zu verkaufen". Aber die Fassung des Klageantrages und der Urteilsformel muß deutlich ergeben, daß es sich um einen Titel gegen den Eigentümer handelt, durch den das Recht des Pfandgläubigers zum Verkaufe des Pfandes diesem richterlich zugesprochen wird. Der Klageantrag und das Urteil dürfen also nicht schlechthin auf Zahlung gerichtet sein. „Eine auf Zahlung gerichtete Klage wäre nur Geltendmachung der persönlichen Forderung, und ein auf Zahlung gerichtetes Urteil würde nichts darüber sagen, daß dem Kläger ein verwertungsreifes Pfandrecht zur Seite stehe"[12]).

Die rechtliche Natur dieses Urteils ist sehr bestritten. Auf der einen Seite wird behauptet, daß es sich um ein Urteil auf *Duldung* der Zwangsvollstreckung im technischen Sinn handele[13]). Dieses Duldungs-

---

[9]) *Hein*, Duldung S. 215.
[10]) Vgl. unten § 10 S. 17 ff.
[11]) Vgl. unten § 13 S. 24.
[12]) *Enneccerus* III § 167 I 1.
[13]) Vgl. *Biermann* § 1233 Anm. 2aβ; *Düringer-Hachenburg* § 371 Anm. 11; v. *Gierke* DPR. II § 170 Anm. 88 S. 988; *Planck* § 1233 Anm. 2aβ, a. E.; *Staudinger* § 1233 Anm. IIa; RGZ Bd. 95 S. 336.

urteil soll in die äußere Form eines Leistungsurteils gekleidet werden. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Es ist zwar richtig, daß der Eigentümer jedenfalls insoweit zur Duldung verpflichtet ist, als er sich der Ausübung des dinglichen Pfandrechtes nicht widersetzen darf. Daraus darf aber noch nicht der Schluß gezogen werden, daß das Urteil gerade als Duldungsurteil zu bestimmen ist. Das Urteil, das auf Grund des Abs. II des § 1233 BGB. erwirkt ist, ist nicht zu einer zwangsweisen Verwirklichung seines Inhalts geeignet. Es handelt sich auch bei dieser Klage um eine selbständig-beschränkte Haftung[14]). Sie ist indessen von den technischen Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung verschieden. Die prozessualen Funktionen der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. weichen von denen der Duldungsklagen erheblich ab. Bei den technischen Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung ergibt sich die Pflicht, die Zwangsvollstreckung oder den Zwangsverkauf zu dulden, für den Beklagten schon ohne weiteres bei Einleitung der Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung ist ihrem Wesen nach unabhängig vom Willen des Beklagten — bis auf die zwei Ausnahmen des § 809 ZPO. und des § 10 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 (RGBl. I S. 227) —. Der Beklagte kann die Zwangsvollstreckung weder verbieten noch gestatten. Hierbei handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Eine Verletzung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht ist Widerstand gegen die Staatsgewalt. Gegenstand des Prozesses ist aber bei der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. ein privatrechtliches Verhältnis, nicht jene öffentlich-rechtliche Pflicht[15]).

Es kann sich also bei der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. nur um die Feststellung handeln, daß der Pfandgläubiger berechtigt ist, das Pfand zu verkaufen[16]). In dem Urteil wird festgestellt, daß die Vollstreckung, der Pfandverkauf, zulässig ist. Die Beziehungen des Pfandgläubigers zum Pfandeigentümer bilden ein Rechtsverhältnis, das wie jedes andere Rechtsverhältnis durch einen Urteilsspruch festgestellt werden kann. Bei den eigentlichen Urteilen auf Duldung der Zwangsvollstreckung wird ein Vollstreckungsanspruch gegen den Staat geschaffen. Die Gestattungsklage aus § 1233 Abs. II BGB. bestätigt lediglich den Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Pfand. Das Urteil schafft nicht die Grundlage für eine Zwangsvollstreckung, sondern es bildet nur eine Rechtsbedingung für eine besondere Form des Pfandverkaufes. Es ist also nur eine Vorbedingung für die Durchführung der dem Pfandgläubiger schon nach materiellem Recht zukommenden Befriedigungsbefugnis.

---

14) Vgl. Hein, Duldung S. 146 f.

15) Auf die Frage, ob überhaupt eine solche bereits für den Beklagten feststehende öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Gegenstand eines besonderen Prozesses gemacht werden kann, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Die Frage dürfte indes zu bejahen sein.

16) Ebenso: Endemann II § 140 Note 23 S. 925; Fuchs § 1277 Anm. 1a; Hein, Duldung S. 177 Anm. 1, 214, 247, 254 Anm. 1, 272; Hirsch, Uebertragung I S. 453 ff.; Lehmann, Unterlassung S. 40; Siber in JheringsJ. Bd. 50 S. 146; Rechtszwang S. 207.

Ein solches Feststellungsurteil ist zwar auch „vollstreckbar“[17]), es kann aber niemals einen Titel zur Zwangsvollstreckung liefern, der Zwangsvollstreckung — bis auf die Kostenentscheidung — niemals fähig sein. Es kann sich vielmehr bei diesem Feststellungsurteil „nur darum handeln, daß durch den gerichtlichen Spruch das Verkaufsrecht als existent und fällig hingestellt wird“[18]). Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in Abs. II des § 1233 von einem „vollstreckbaren“ Titel und damit auch von einem „vollstreckbaren“ Urteil spricht, so soll damit nicht etwa gesagt werden, daß das Urteil auch im eigentlichen Sinn vollstreckungsfähig ist. Eine „Vollstreckbarkeit“ des Feststellungsurteils gibt es nur „im Sinne einer „Verwertbarkeit“ oder „Verwendbarkeit“, und zwar jeweilig nach der Richtung hin, die durch den mit der betreffenden Feststellungsklage verfolgten und verfolgbaren Endzweck bestimmt ist“[19]). Das Urteil selbst kann auch wie jedes andere Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt und in vollstreckbarer Ausfertigung erteilt werden. Denn vollstreckbare Ausfertigungen eines Urteils werden nicht nur dann erteilt, wenn Vollstreckungshandlungen vorzunehmen sind, sondern immer schon dann, wenn die Entscheidung nach außen wirksam geworden ist. Das Urteil muß also verkündet oder gemäß § 7 der Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte vom 9. September 1915 (RGBl. I S. 562) mitgeteilt sein.

2. Das negative Feststellungsurteil.

§ 5.

Der Pfandgläubiger bedarf nicht unbedingt eines positiven Feststellungsurteils gegen den Eigentümer des Pfandes, um die Pfandsache nach § 1233 Abs. II BGB. verkaufen zu können. Wenn nämlich der Eigentümer bereits mit einer negativen Feststellungsklage, daß der Pfandgläubiger zum Pfandverkauf nicht berechtigt sei, aus *sachlichen* Gründen abgewiesen ist, so kann der Gläubiger schon auf Grund dieses Urteils das Pfand nach § 1233 Abs. II BGB. verkaufen. Dieses Urteil bildet dann schon den in § 1233 Abs. II BGB. verlangten vollstreckbaren Titel. Trotzdem der Pfandgläubiger dieses Urteil nicht selbst erlangt hat, kann er auf Grund dieses Titels das Pfand verkaufen. Das die negative Feststellungsklage abweisende Urteil enthält gleichzeitig die positive Feststellung, daß der Gläubiger zum Pfandverkauf berechtigt ist[20]). Die Rechtskraft dieses Urteils erstreckt sich also auch auf die positive Seite. Diese Bestimmung des Umfanges der Rechtskraft für das die negative Feststellungsklage abweisende Urteil entspricht der im § 322 ZPO. bestimmten Begrenzung des Rechtskraftumfanges. § 322 ZPO. soll verhindern, daß die Rechtskraft über den entschiedenen, zwischen den Parteien streitigen Punkt ausgedehnt wird. Eine solche Ausdehnung liegt aber hier auch nicht vor. Der

[17]) Vgl. RGZ Bd. 16 S. 421.
[18]) *Hein* in JW 1928 S. 760 zu Nr. 4.
[19]) *Langheineken*, Urteilsanspruch S. 142.
[20]) Vgl. RGZ Bd. 29 S. 347 f.

Pfandeigentümer verneint die Berechtigung des Pfandgläubigers, das Pfand zu verkaufen. Der Pfandgläubiger behauptet die Verkaufsberechtigung. Die Entscheidung des Gerichts ergeht dahin, daß der Pfandeigentümer mit seiner Klage abgewiesen wird, weil der Pfandgläubiger doch zum Verkauf berechtigt ist. Dann entspricht es nur einer richtigen Anwendung des § 322 ZPO., wenn man annimmt, daß das Urteil die rechtskräftige Feststellung der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers enthält. Man könnte vielleicht dieser Ansicht entgegenstellen, daß die Rechtskraft unzulässigerweise auf die Urteilsgründe ausgedehnt wird. Das ist aber nicht der Fall. Rechtskräftig ist auch hier nur der Urteilstenor. Die Gründe dienen nur zur Auslegung des Urteilstenors. Somit ist in dem Tenor auch indirekt die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers enthalten. — Wird freilich die negative Feststellungsklage des Pfandeigentümers aus formellen Gründen abgewiesen, so erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils nicht auf die positive Seite. Auf Grund eines solchen Titels kann der Pfandgläubiger das Pfand nicht nach § 1233 Abs. II BGB. verkaufen.

3. Der Prozeßvergleich.

§ 6.

Ebenso wie in einem Urteil kann der in § 1233 Abs. II BGB. verlangte vollstreckbare Titel auch in einem Prozeßvergleich bestehen, da auch dieser gemäß § 794 Abs. I Ziff. 1 ZPO. der Zwangsvollstreckung fähig ist. Da ein vollstreckbarer Vergleich hinsichtlich der Verwertung dieselben Folgen hat wie ein vollstreckbares Urteil, so gilt hier dasselbe, was Seite 6 ff. vom Urteil gesagt ist. Insbesondere heißt auch hier wieder „vollstreckbar" nicht so viel wie vollstreckungsfähig, sondern nur so viel wie verwertbar, verwendbar.

4. Der Urkundenprozeß. Das Mahnverfahren. Die vollstreckbare Urkunde.

§ 7.

Kann der Pfandgläubiger seinen vollstreckbaren Titel auch im Urkundenprozeß erlangen, kann er ferner gegen den Eigentümer einen Vollstreckungsbefehl erwirken? Genügt eine vollstreckbare Urkunde im Sinne von § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO.?

Die Zivilprozeßordnung spricht im § 592 und in den §§ 688, 794 Abs. I Ziff 5 von einem „Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat". Andere Ansprüche, als die hier genannten, die auf Leistung anderer Gegenstände oder auf ein Tun oder Nichttun irgendwelcher Art gerichtet sind, sind für diese besonderen Prozeßarten nicht geeignet.

In allen drei Fällen trifft das Gesetz die Anordnung, daß ausnahmsweise als Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme auch der An-

spruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld anzusehen ist. § 592 Satz 2, § 688 Abs. I Satz 2, § 794 Abs. I Ziff. 5 Satz 2 ZPO. Der Anspruch des § 1233 Abs. II BGB. ist nicht auf Zahlung einer Geldsumme oder anderer vertretbarer Sachen gerichtet und auch nicht im Satz 2 der betreffenden Paragraphen als ausnahmsweise für die besonderen Prozeßarten geeignet erwähnt. Außerdem handelt es sich bei dem Anspruch des § 1233 Abs. II BGB. um einen Anspruch auf Feststellung. Deshalb wird von der herrschenden Meinung[21]) die Ansicht vertreten, daß der Pfandgläubiger weder im Urkundenprozeß oder Mahnverfahren gegen den Eigentümer vorgehen kann, noch sich von diesem eine vollstreckbare Urkunde darüber ausstellen lassen kann, daß er zum Verkauf des Pfandes berechtigt ist. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Als in den §§ 592, 688 Abs. I, 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. durch die Novelle vom 17. Mai 1898 der Satz 2 eingefügt wurde, wonach ausnahmsweise als Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld anzusehen ist, war für diese Einführung das Bedürfnis des wirtschaftlichen Verkehrs maßgebend. In der Tat sind Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld mit dem Forderungsrecht insofern wirtschaftlich verwandt, als ihr Zweck die Sicherung von Forderungen ist. Die wirtschaftliche und rechtliche Verwandschaft rechtfertigt den Analogieschluß, daß auch für sachlich gleichartige Ansprüche dem Gläubiger die besonderen Verfahrensarten des Urkundenprozesses und des Mahnverfahrens, und der Weg, sich eine vollstreckbare Urkunde zu verschaffen, gegeben sind. In Frage kommen hier vor allem die Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung[22]). Sachlich gleichartig sind diese Ansprüche insofern, als sie alle eine Verurteilung des Gegners bezwecken. Wenn man diesem Analogieschluß zustimmt, so ist nicht einzusehen, warum die Klage nach § 1233 Abs. II BGB. von dem Analogieschluß ausgenommen sein soll. Der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Pfandrecht und der Forderung ist beim Fahrnispfand nicht geringer als beim Grundpfand, sondern stärker. Denn ein forderungsentkleidetes Fahrnispfandrecht gibt es nicht im Gegensatz

---

[21]) Vgl.: Biermann § 1233 Anm. 2aγ; Goldmann-Lilienthal II § 89 Anm. 35 S. 645; Hein, Duldung S. 230 Anm. 1; Hirsch, Uebertragung I S. 453; Kretzschmar § 1233 Anm. 3a; Neumann § 1233 Anm. III 5; Planck § 1233 Anm. 2aβ; Seuffert-Walsmann § 592 Anm. 2a; Staudinger § 1233 Anm. IIaβ; Stein § 592 Anm. II und Anm. III 2; Urkunden- und Wechselprozeß S. 57; Sydow-Busch § 592 Anm. 2; Warneyer § 1233 Anm. II.

Ferner für § 371 Abs. III HGB: Koenige § 371 Anm. 2; Sievers im Sächs. Arch. Bd. 14 S. 293.

[22]) Vgl. die Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut — § 739 ZPO —, in das Gesamtgut — §§ 743, 745 Abs. II ZPO —, in das dem Nießbrauch unterliegende Vermögen — § 737 ZPO — und in die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände — § 748 Abs. II ZPO —.

Vgl. Foerster-Kann § 592 Anm. 1c; Amtsgerichtsrat Hein in JW 1911 S. 167; Langheineken, Anspruch S. 268; Stein § 592 Anm. III 2; RGZ Bd. 50 S. 52; RG in JW 1902 S. 132 Nr. 38; OLG Dresden, OLG Bd. 7 S. 327.

zum forderungsentkleideten Grundpfandrecht, der Grundschuld und der Rentenschuld.

Wenn die Zivilprozeßordnung im Satz 2 der §§ 592, 688 Abs. I, 794 Abs. I Ziff. 5 dieses Verwertungsrecht zur Entnahme einer Geldsumme aus der Sache einem reinen Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gleichstellt, so ist diese Gleichstellung nicht als Ausnahme, sondern als Beispiel anzusehen. Sie darf und muß also auf ähnliche Fälle angewandt werden. Ein „ähnlicher Fall" liegt bei der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. vor, obwohl es sich hier um eine Feststellungsklage handelt. Es ist nicht einzusehen, warum sie nicht im Wege der besonderen Prozeßarten durchgesetzt werden kann, während für die durch das Pfand gesicherte Forderung diese besonderen Prozeßarten gegeben sind. Dieser Ansicht kann nicht entgegengehalten werden, daß die Klage auf Feststellung der Verkaufsberechtigung mit der Forderungsklage ververwechselt werde, wenn dem Pfandgläubiger gestattet sein soll, im summarischen Prozeß oder im Mahnverfahren gegen den Eigentümer vorzugehen oder sich von diesem eine vollstreckbare Urkunde ausstellen zu lassen. Diese selbe Verwechselung würde dann auch bei der actio hypothecaria des § 1147 BGB. vorliegen und wäre sogar im Satz 2 der §§ 592, 688 Abs. I, 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. gesetzlich festgelegt. Deshalb muß auch der Anspruch des § 1233 Abs. II BGB. in diesen besonderen Verfahrensarten geltend gemacht werden können, genau so wie „alle auf Geldleistung aus einer Sache gerichteten Verpflichtungen der Verfolgung im Urkundenprozeß und im Mahnverfahren, wie der Vollstreckung auf Grund von Urkunden fähig sind"[23]).

Es ist zuzugeben, daß es sich bei den Klagen der §§ 739, 743, 745 Abs. II, 737, 748 Abs. II ZPO. um Verurteilungsklagen handelt[23a]), und nicht, wie Geib[24]), Hirsch[25]), Lehmann[26]) und von Tuhr[27]) annehmen, um Feststellungsklagen und auch nicht, wie Landau[28]) annimmt, um Rechtsgestaltungsklagen. Bei allen diesen Klagen wird der Beklagte zu einer positiven Leistung verurteilt. Er selbst muß den Kläger aus einem besonderen Teil seines Vermögens, dem Sondervermögen, befriedigen, wenn er sich nicht der zwangsweisen Beitreibung aussetzen will. Der Kläger erlangt durch diese Urteile dieselben Vollstreckungsmöglichkeiten, wie wenn der Beklagte selbst zur Zahlung verurteilt wäre, sodaß der Beklagte mit seiner gegenständlich beschränkten Haftung Vollstreckungsgegner des Klägers wird. Dem gegenüber ist die Klage des § 1233 Abs. II BGB. eine Feststellungsklage. Trotzdem muß es aber dem Pfandgläubiger aus den genannten

---

[23]) Siber in JheringsJ. Bd. 50 S. 141.

[23a]) Vgl. Hein, Duldung S. 67, 69, 171 ff., 177; Hellwig, Lehrbuch 1 S. 229; Anspruch S. 318 ff.; Stein, Vorbem. II 1b vor § 253; § 592 Anm. III 2; RG in SA Bd. 65 S. 34 f.

[24]) Rechtsschutzbegehren S. 149 f; im Arch. Ziv. Prax. Bd. 94 S. 328 f.; Bd. 97 S. 161.

[25]) Uebertragung I S. 457.

[26]) Unterlassung S. 35.

[27]) I S. 107 f.

[28]) im Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 457 ff.

wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen gestattet sein, den für den Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. erforderlichen vollstreckbaren Titel auch im Urkundenprozeß, im Mahnverfahren oder gemäß § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. zu erlangen.

II. Die Klage gegen den Verpfänder.

1. Die Zulässigkeit der Klage beim Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht.

§ 8.

Die Klage auf Feststellung der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers richtet sich grundsätzlich nur gegen den Pfandeigentümer, nicht auch gegen den persönlichen Schuldner oder den Verpfänder. Es ist jedoch denkbar, daß der Pfandgläubiger den Verpfänder gutgläubig für den Eigentümer des Pfandes gehalten und deshalb die Klage gegen diesen gerichtet hat. Wenn hier § 1248 BGB. angewandt wird, genügt dieser Titel gegen den Verpfänder als Voraussetzung für den Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB.

Die Ansicht, daß § 1248 BGB. bei der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. nicht in Betracht kommen kann, wird verschiedentlich vertreten.

Biermann[29]) meint, § 1248 BGB. beziehe sich nur auf den Verkauf des Pfandes; die Erlangung eines vollstreckbaren Titels nach § 1233 Abs. II BGB. bilde aber noch keinen Teil des Pfandverkaufes. Ferner sei von der zweiten Kommission ein Antrag abgelehnt worden, dem § 1195 des Entw. I folgenden Absatz anzufügen:

> „Ist in einem zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpfänder als Eigentümer des Pfandes anhängig gewordenen Rechtsstreit über einen auf dem Pfandrechtsverhältnisse beruhenden Anspruch ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so muß, wenn das Eigentum an dem Pfande einem Dritten zusteht, dieser das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Pfandgläubiger bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit den Mangel des Eigentums des Verpfänders gekannt hat".

Dieser Antrag ist mit der Begründung abgelehnt worden, daß die Verpfändung einer fremden Sache regelmäßig keinen Nexus zwischen dem Eigentümer und dem Verpfänder begründe und sich unabhängig von einer unter ihnen getroffenen Verabredung vollziehe. Der Schuldner habe als Verpfänder an der Frage des Eigentums kein Interesse. Ein allgemeines Verkehrsbedürfnis für den Schutz des guten Glaubens an das Eigentum des Verpfänders könne bei der Verpfändung fremder Sachen nicht anerkannt werden[30]).

---

[29]) § 1233 Anm. 2a α. Ebenso: Matthiaß § 214 II A a S. 552 und Anm. 1 und v. Gierke D.P.R. II § 170 Anm. 88 S. 988, letzterer ohne Begründung.

[30]) Vgl. Prot. III S. 493 f.

Auch Endemann[31]) lehnt die Anwendbarkeit des § 1248 BGB. im Falle des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. ab. Er begründet seine Auffassung damit, daß ein gemäß § 1248 BGB. gegen den Verpfänder erstrittenes Urteil deswegen nicht dieselben Wirkungen haben könne wie ein gegen den richtigen Eigentümer erlangtes Urteil, weil unser geltendes Recht für die Ueberleitung der Wirkung des rechtskräftigen Urteils auf einen am Rechtsstreite nicht Beteiligten stets den Nachweis eines besonderen Rechtsverhältnisses erfordere. Dieses müsse den Außenstehenden nach materiellem Recht an den unter den Parteien ergangenen Urteilsspruch binden. Hieran fehle es aber im Falle des § 1233 Abs. II BGB. Denn der wahre Eigentümer brauche in gar keiner Rechtsbeziehung zu dem Verpfänder zu stehen; und von einer Rechtsnachfolge, so daß § 325 Abs. II ZPO. anwendbar wäre, könne nicht die Rede sein.

Indessen wird auch im Falle des § 1233 Abs. II BGB. die Anwendung des § 1248 BGB. zu bejahen sein. Es ist zwar richtig, daß § 1248 BGB. nur dann Anwendung finden kann, wenn es sich um den Verkauf einer verpfändeten Sache handelt. Da aber § 1233 Abs. II BGB. keine Zwangsvollstreckung, sondern eine besondere Art des Pfandverkaufes ermöglicht, so darf die Vorschrift des § 1248 BGB. ohne Bedenken im Falle des Pfandverkaufes nach Vollstreckungsrecht angewandt werden. Diese Anwendung entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Billigkeit. Der Pfandgläubiger will sich mit der Klage nach § 1233 Abs. II BGB. nur dagegen schützen, daß der Verkauf des Pfandes später für nichtrechtmäßig — § 1243 BGB. — erklärt wird, wenn er darauf hinweist, daß ihm der Schutz des § 1248 BGB. zur Seite stehen müsse. Ferner muß der Pfandgläubiger dagegen geschützt werden, daß seine Prozeßführung gegen den Verpfänder sich als nutzlos erweist und er zu einer neuen Klage gegen den Eigentümer genötigt wird. Auch kann die Anwendbarkeit des § 1248 BGB. in der Regel nicht zu einer Benachteiligung des Eigentümers führen. Der Schutz des guten Glaubens ist zwar immer nur auf Kosten des Berechtigten möglich. Aber in der Mehrzahl der Fälle wird der Verpfänder schon im Laufe des Prozesses alles vorbringen, was der Eigentümer geltend machen könnte. Deshalb erübrigt es sich auch, daß der Eigentümer noch mit einer besonderen Klage belangt wird.

Schließlich kommt noch hinzu, daß der Abs. I des § 1195 Entw. I in modifizierter Form von der zweiten Kommission angenommen wurde — in dieser Fassung entspricht er dem § 1248 BGB.[32]) —, und daß der von der zweiten Kommission abgelehnte Antrag hauptsächlich deswegen abgelehnt worden ist, weil man wegen der Seltenheit der Fälle die Entscheidung der Wissenschaft und Praxis überlassen wollte[33]).

Es ist zweifellos richtig, daß der wahre Eigentümer zu dem Verpfänder in keinerlei Rechtsbeziehungen zu stehen braucht, und daß von

---

[31]) II § 139 Anm. 23.
[32]) Vgl. Mugdan Mat. III S. LXXXIX und S. 941; Mot. III S. 843.
[33]) Vgl. Prot. III S. 493.

einer Rechtsnachfolge hier keine Rede sein kann. Aber deswegen die Anwendbarkeit des § 1248 BGB. verneinen zu wollen, ist nicht möglich. Zu Gunsten des Pfandgläubigers muß der Verpfänder als der Eigentümer des Pfandes gelten, es sei denn, der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist. Das Gesetz will hier die Pfandrechtsdurchführung erleichtern. Es geht dabei allerdings nicht ganz soweit wie im § 1148 BGB. bei der Durchführung der Hypothek. Für diese wird eine formale Legitimation — der Bucheintrag — sogar dann als ausreichend erachtet, wenn der Gläubiger weiß, daß der Eingetragene nicht der wahre Eigentümer ist.

Wenn der Pfandgläubiger den Verpfänder für den Eigentümer des Pfandes hält und durch Klage oder auf andere Weise einen vollstreckbaren Titel im Sinne des § 1233 Abs. II BGB. erlangt hat, dann kann der Pfandgläubiger das Pfand auf Grund dieses Titels nach § 1233 Abs. II BGB. verkaufen. Dieser gegen den Verpfänder erlangte Titel, den der Pfandgläubiger in Händen hat, erzeugt gegenüber dem wahren Eigentümer keine Rechtskraft. Dem Rechte des wahren Eigentümers wird durch den Titel nicht vorgegriffen, sodaß dieser an sich immer noch berechtigt wäre, im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO. gegen den Pfandgläubiger vorzugehen und den Pfandverkauf zu verhindern. Der Eigentümer kann aber mit dieser Klage gegen den Pfandgläubiger dann nicht durchdringen, wenn in der Klageerhebung ein arglistiges Verhalten des Eigentümers zu erblicken ist. Arglistig würde die Klageerhebung des Eigentümers einmal dann sein, wenn der Verpfänder bereits alle möglichen Verteidigungen vorgebracht hat; sie würde es aber auch *selbst dann* sein, wenn der Verpfänder nicht alle Verteidigungen geltend gemacht hat, wenn aber bei Geltendmachung die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers festgestellt sein würde. Denn: dolo petit, qui petit, quod redditurus sit. Auf eine *neue* Klage des Pfandgläubigers gegen den Eigentümer, die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers festzustellen, müßte der Eigentümer die Pfandsache zur Befriedigung des Pfandgläubigers bereithalten und den Verkauf dulden. Es würde den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Eigentümer sich auf sein formales Eigentum berufen könnte, um die Verwertung des dem Pfandgläubiger zustehenden Pfandrechtes zu verhindern und den Pfandgläubiger zur Erreichung des gleichen wirtschaftlichen Erfolges auf die Klage nach § 1233 Abs. II BGB. zu verweisen. Deshalb kann der Eigentümer mit der Drittwiderspruchsklage des § 771 ZPO. gegen den Pfandgläubiger im allgemeinen keinen Erfolg haben[34]). — Hat allerdings der Verpfänder nicht alle Verteidigungen geltend gemacht, und ermöglicht die Geltendmachung dieser neuen Verteidigungsmittel eine andere Beurteilung des Sachverhalts und eine Verneinung der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers, dann kann ausnahmsweise der Eigentümer doch den Pfandverkauf im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO. verhindern.

---

[34]) Vgl. RGZ Bd. 143 S. 277 f.

2. Der Zeitpunkt der Gutgläubigkeit.

§ 9.

Die Anwendbarkeit des § 1248 BGB. auch in dem besonderen Fall des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. ist also unbedenklich. Um so zweifelhafter ist aber, bis zu welchem Zeitpunkt der Pfandgläubiger gutgläubig gewesen sein muß, also nicht gewußt haben darf, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer der Sache ist.

Man wird nicht annehmen können, daß für die Kenntnis des Pfandgläubigers davon, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist, der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem der Verkauf des Pfandes auf Grund des vollstreckbaren Titels erfolgt; auch wird es nicht, wie Planck[35]) annimmt, auf den Zeitpunkt ankommen können, in welchem der Pfandgläubiger dem Gerichtsvollzieher auf Grund des erlangten vollstreckbaren Titels den Auftrag erteilt, das Pfand zu verkaufen. Es kommt vielmehr nur auf den Zeitpunkt an, in welchem der Prozeß des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder als den vermeintlichen Eigentümer auf Erlangung eines seine Verkaufsberechtigung feststellenden Urteils rechtshängig wird. Auch sonst bemißt sich der gute Glaube nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit[36]). Für den guten Glauben des Pfandgläubigers an das Eigentum des Verpfänders ist also der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Klageschrift dem Verpfänder als dem vermeintlichen Eigentümer zugestellt wird. Ebenso wird man bei entsprechender Anwendung des § 696 Abs. III ZPO. den Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls oder im Falle des § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. den Zeitpunkt der Ausstellung der vollstreckbaren Urkunde für die Gutgläubigkeit des Pfandgläubigers maßgebend sein lassen müssen.

Dieselben Gründe, die für die Anwendbarkeit des § 1248 BGB. überhaupt sprachen, sind auch bei der Festlegung des Zeitpunktes maßgebend: Der Pfandgläubiger muß dagegen geschützt werden, daß seine Prozeßführung gegen den Verpfänder sich als nutzlos erweist und er zu einer zweiten Klage, dieses Mal gegen den Eigentümer, genötigt wird. Wollte man, wie Planck[37]) es tut, erst den Zeitpunkt der Auftragserteilung an den Gerichtsvollzieher zum Pfandverkauf entscheidend sein lassen, so hätte der Pfandgläubiger den Prozeß gegen den Verpfänder umsonst geführt, wenn er nach Beendigung des Prozesses erfährt, daß er den Prozeß gegen den falschen Beklagten geführt hat. Nach dieser Ansicht könnte der Pfandgläubiger mit dem erlangten Titel nichts anfangen; er könnte weder das Pfand rechtmäßig verkaufen, noch den Titel sonstwie verwerten. Das sind unhaltbare Folgerungen. Ist der Pfandgläubiger bei Rechtshängigkeit des Prozesses der Ansicht, daß der Verpfänder der Eigentümer des Pfandes ist, so muß das genügen. Wenn der Pfandgläubiger nach diesem Zeitpunkt die wahre Rechtslage erfährt, so ist das belanglos. Wird sie ihm aber vor der Rechtshängigkeit des Prozesses bekannt, dann kann er allerdings die Klage nur gegen den wahren Eigentümer richten.

---

[35]) § 1233 Anm. 2a α.
[36]) Vgl. z. B. § 407 Abs. II BGB.
[37]) a.a.O.

III. Die Einwendungen gegen die Klage des Pfandgläubigers.

§ 10.

I. Bei der pfandrechtlichen Feststellungsklage des § 1233 Abs. II BGB. muß der Pfandgläubiger behaupten, daß die Forderung fällig und die Pfandreife eingetreten ist, d. h. daß die Forderung sich auf eine Geldleistung richtet[37a]). Wird die Klage auf Grund eines gesetzlichen Pfandrechtes erhoben, so ist erkennbar zu machen, durch welche Vorgänge das Pfandrecht entstanden ist.

Der Pfandeigentümer oder der gemäß den Darlegungen in den §§ 8, 9 verklagte Verpfänder können die Klaggrundtatsachen bestreiten oder Einwendungen und Einreden gegen die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers vorbringen. Kennt der Pfandgläubiger das Nichteigentum des beklagten Verpfänders, so ist der Verpfänder nicht der richtige Beklagte und kann auch aus diesem Grunde eine Klageleugnung geltend machen.

Unter den Einwendungen und Einreden oder, wie M. Wolff[38]) sie nennt, „Widerspruchsrechten gegenüber der Pfandverwertung" muß man zwei Arten unterscheiden:

1. Als erstes kommen hier die Einwendungen und Einreden gegen das dingliche Recht in Betracht. Es ist zum Beispiel denkbar, daß der Pfandgläubiger mit dem Eigentümer oder mit dem Verpfänder, den er irrtümlicherweise für den Eigentümer hält, einen Vertrag dahingehend abgeschlossen hat, daß der Verkauf des Pfandes trotz der vom Pfandgläubiger bewiesenen Fälligkeit der Forderung erst nach gewisser Zeit stattfinden dürfe. Hier kann der Eigentümer oder der als Eigentümer verklagte Verpfänder die Pfandstundung durch aufschiebende Einrede geltend machen. Auch dauernde Einreden kann der Eigentümer oder der Verpfänder vorbringen, wenn z. B. der Eigentümer auf Grund eines Betruges des Gläubigers diesem das Pfandrecht bestellt hat. § 853 BGB. Ob der Gläubiger auch die Forderung durch einen Betrug erlangt hat, ist gleichgültig. Will der Eigentümer die betrügerische Erlangung der Forderung geltend machen, so ist ihm der unter Ziff. 2 dieses Paragraphen dargestellte Weg gegeben.
2. Zweitens sind hier die Einwendungen und Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis zu erwähnen. Der Beklagte kann also alle Tatsachen behaupten, welche die Forderung als nicht entstanden oder als erloschen erscheinen lassen. Als wichtigste Einwendungen seien hier genannt die rechtshindernde, daß die dem Pfandrecht zugrunde liegende Forderung — etwa wegen Geschäftsunfähigkeit des Verpfänders — nicht entstanden ist, und die rechtsvernichtende, daß die Forderung — wegen Erfüllung oder Aufrech-

[37a]) Entsprechend ist bei der Feststellungsklage des § 371 Abs. III HGB der im § 369 HGB bezeichnete Tatbestand darzulegen.

[38]) Enneccerus III § 165 I 3.

nung — untergegangen ist. Wegen der Akzessorietät des Pfandrechts ist in diesen Fällen auch das dingliche Recht gar nicht erst zur Entstehung gekommen oder untergegangen. § 1252 BGB. — Als aufschiebende Einrede gehört hierher z. B. die Einrede der Stundung und als dauernde Einrede die, daß der persönliche Schuldner betrogen worden sei. § 853 BGB. Der Eigentümer kann sich aber nicht auf die Verjährungseinrede — § 223 Abs. I BGB. — und auch nicht auf die Einrede des Zwangsvergleichs — § 193 KO. — berufen. Nach § 1211 Abs. I Satz 2 BGB. ist ferner die Geltendmachung der Einrede der beschränkten Erbenhaftung ausgeschlossen. Das gleiche gilt hinsichtlich der Haftungsbeschränkung bei einer Vermögensübernahme und Gesamtgutsteilung — §§ 419 Abs. II und 1480 Satz 2 BGB. —, die der Erbenhaftung entsprechen. Auch in diesen Fällen kann sich der Eigentümer nicht auf die Beschränkung seiner Haftung berufen.

Die Einwendungen und Einreden stehen dem Beklagten zu, auch wenn er nicht zugleich der persönliche Schuldner ist. Für den Verpfänder ist dies ausdrücklich in § 1211 BGB. bestimmt. Das Gleiche gilt von dem Pfandeigentümer, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist. Auch dieser kann dem Pfandgläubiger alle Einwendungen nach § 1211 BGB. entsprechend § 1137 BGB. entgegensetzen, und zwar selbst dann, wenn er mit dem Verpfänder nicht identisch ist. Der Pfandeigentümer, der weder mit dem Verpfänder noch mit dem persönlichen Schuldner identisch ist, muß die gleichen Rechte besitzen wie der Verpfänder[39]). Diese Einwendungen verliert der Eigentümer auch nicht dadurch, daß der persönliche Schuldner auf sie verzichtet hat — § 1211 Abs. II BGB. —, oder daß sie dem persönlichen Schuldner bereits rechtskräftig abgeschnitten sind[40]).

Ausgenommen sind hier wieder die Einreden der §§ 223 Abs. I BGB., § 193 KO., § 1211 Abs. I Satz 2 BGB., §§ 419 Abs. II, 1480 Satz 2 BGB. Steht dem persönlichen Schuldner aber das Recht zu, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, so kann der Eigentümer ebenso wie ein Bürge die Befriedigung des Pfandgläubigers verweigern. §§ 1211, 770 Abs. I BGB. Der § 770 BGB. gibt eine Einrede aus der Anfechtungsbefugnis des persönlichen Schuldners nur solange, als diesem das Recht anzufechten zusteht. Der Eigentümer kann daher entsprechend auf diese Berechtigung des persönlichen Schuldners nur eine aufschiebende Einrede stützen. Erst wenn die Anfechtung erfolgt ist, kann ein Fortfall des Pfandrechts aus der Nichtigkeit der Forderung abgeleitet werden.

Dem Bürgen steht auch dann eine Einrede zur Seite, wenn der Hauptschuldner ein Wandelungsrecht hat, durch das er seine Leistungsverpflichtung beseitigen kann[41]). Dieser Fall ist der Einrede bei einer Anfechtungsbefugnis des Hauptschuldners entsprechend zu behandeln. Zu beachten ist, daß der Bürge hier nur eine Einrede hat. Die Wandelung kann er selbst nicht vollziehen. Denn der Bürge ist nicht be-

[39]) Vgl. RGR-Komm. § 1211 Anm. 1; RG in JW. 1912 S. 749 Nr. 13.
[40]) Vgl. OLG Celle, OLG Bd. 26 S. 202.
[41]) Vgl. Enneccerus II § 190 II 3 und Anm. 4; RGZ Bd. 66 S. 333 f.

fügt, an Stelle des Hauptschuldners Willensakte und solche Verfügungen über den Inhalt der Schuld zu treffen, die von einer Erklärung des Hauptschuldners abhängen[42]). Diese bei der Bürgschaft entwickelte Lehre ist auch auf den Pfandverkauf anwendbar. Gemäß § 1211 BGB. ist § 770 BGB. anwendbar. Deswegen müssen auch die Fälle zur Anwendung kommen, die dem § 770 BGB. rechtsähnlich sind.

Das gleiche gilt, wenn sich der Pfandgläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des persönlichen Schuldners befriedigen kann. Auch in diesem Falle kann der Eigentümer oder der als vermeintlicher Eigentümer verklagte Verpfänder die Befriedigung des Pfandgläubigers verweigern. §§ 1211, 770 Abs. II BGB. Hier hat der Eigentümer bei einer Aufrechnungsbefugnis des Pfandgläubigers ebenfalls nur eine Einrede. Die Einrede entfällt, wenn nur dem persönlichen Schuldner die Aufrechnungsbefugnis zusteht: §§ 393 — 395 BGB. Besteht z. B. das Pfandrecht für eine Darlehnsschuld, während der Pfandgläubiger dem Schuldner aus vorsätzlichem Delikt schuldet, so kann der Pfandgläubiger nicht aufrechnen. § 393 BGB. Nach der Ansicht von Lehmann[43]) soll dem Bürgen trotzdem die Einrede zustehen. Dieser Auffassung steht aber der Wortlaut des Gesetzes im § 770 Abs. II BGB. entgegen, der dem Bürgen die Einrede nur bei einer Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers gibt[44]). Der Bürge soll insoweit vor der Inanspruchnahme geschützt werden, als der Gläubiger sich durch Aufrechnung unmittelbar befriedigen kann. Das ist aber nur möglich, wenn der Gläubiger selbst zur Aufrechnung befugt ist[45]). Der Pfandeigentümer muß demnach den Verkauf des Pfandes gestatten.

Nach der Ansicht von Düringer-Hachenburg[46]) soll ein Verzicht des Schuldners auf die Einreden der Anfechtung und Aufrechnung zu Ungunsten des Verpfänders wirksam sein. § 1211 Abs. II BGB. beziehe sich nur auf die dem Verpfänder aus dem persönlichen Schuldverhältnis wirklich zustehenden Verteidigungen. Das kann aber nicht richtig sein. Denn der Abs. II des § 1211 BGB. bezieht sich ganz allgemein auf die im Abs. I genannten Einreden, muß also auch die dem Bürgen gemäß § 770 BGB. zustehenden Einreden mitumfassen. Diese Bürgschaftseinreden kann deshalb sowohl der wirkliche als auch der vermeintliche Eigentümer noch bei einem Verzicht des persönlichen Schuldners geltend machen. § 1211 Abs. II BGB.[47]).

Der Einrede aus der Anfechtungsbefugnis des persönlichen Schuldners entsprechend wird man den Fall zu behandeln haben, daß dem

---

[42]) Vgl. Mot. II S. 333.

[43]) Enneccerus II § 190 II 2. Ebenso: Düringer-Hachenburg, Vorbem. 30 vor § 368; Siber zu JW 1932 S. 3761 Nr. 3.

[44]) Vgl. RGR-Komm. § 770 Anm. 3; RGZ Bd. 137 S. 36 = RG in JW 1932 S. 3761 Nr. 3.

[45]) Vgl. Prot. II S. 470 f.

[46]) Vorbem. 30 vor § 368. Ebenso: Enneccerus II § 190 I 1.

[47]) Vgl. RGR-Komm. § 1211 Anm. 4.

Schuldner das Recht zusteht, die Herabsetzung seiner Schuld zu fordern: §§ 343, 767 BGB. Auch in diesen Fällen wird man dem verklagten, wirklichen oder vermeintlichen Eigentümer eine Einrede gegen die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers zubilligen müssen. Zwar ist der Verpfänder nicht befugt, ohne den Willen des persönlichen Schuldners selbst eine Minderung der übermäßig hohen Vertragsstrafe zu verlangen. Solange aber der persönliche Schuldner berechtigt ist, diesen Antrag auf Herabsetzung der Schuld zu stellen, muß auch dem dinglich Beklagten eine aufschiebende Einrede zustehen.

II. Der Eigentümer und der Verpfänder können die Einwendungen und Einreden auch angriffsweise in einem besonderen Prozesse gegen den Pfandgläubiger geltend machen, um einer Feststellungsklage gemäß § 1233 Abs. II BGB. seitens des Pfandgläubigers gegen sie vorzubeugen. Diese Klage ist ebenso wie die Klage nach § 1233 Abs. II BGB. eine Feststellungsklage. Im Urteilstenor wird festgestellt, daß der Pfandgläubiger zum Verkauf des Pfandes *nicht* berechtigt ist. Der Verpfänder kann diese Klage gegen den Pfandgläubiger deswegen anstrengen, weil er wegen der Regreßansprüche des Pfandeigentümers gegen ihn ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat, daß der Pfandgläubiger nicht zum Verkauf des Pfandes berechtigt ist. Der Verpfänder kann diese Klage auch dann gegen den Pfandgläubiger anhängig machen, wenn der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht auch der Eigentümer des Pfandes ist. Auch in diesem Falle hat der Verpfänder wegen der Regreßansprüche das für die Feststellungsklage erforderliche Rechtsschutzinteresse. Der unverklagte Eigentümer und der unverklagte Verpfänder sind sogar auf diesen besonderen Prozeß angewiesen, wenn sie ihre Einwendungen und Einreden geltend machen wollen, um die Pfandverwertung außerhalb des § 1233 Abs. II BGB. zu verhüten.

1. Handelt es sich um eine Einwendung oder um eine dauernde Einrede — gegen das Pfandrecht oder die persönliche Forderung —, so kann gemäß § 1254 BGB. auch auf Rückgabe des Pfandes geklagt werden.

Dieser Klageweg versagt aber bei den gegen die Forderung gerichteten Dauereinreden der Verjährung — § 223 Abs. I BGB. —, des Zwangsvergleichs — § 193 KO. — und der beschränkten Erbenhaftung — § 1211 Abs. I Satz 2 BGB. —.

2. Hat der Eigentümer oder der Verpfänder nur eine aufschiebende Einrede gegen die Pfandverwertung, so muß er auf Grund seines Eigentums negatorisch auf Unterlassung der drohenden Pfandverwertung klagen. Auch kann der Eigentümer oder der Verpfänder durch eine einstweilige Verfügung durch das Gericht eine Sequestration des Pfandes herbeiführen oder ein Veräußerungsverbot gegen den Pfandgläubiger erwirken. § 938 Abs. II ZPO.[48]).

---

[48]) Vgl. *Enneccerus* III § 165 I 3.

B. Die Kosten des Rechtsstreits.

§ 11.

Wenn der Pfandgläubiger das Pfand nach Vollstreckungsrecht verkaufen will, so bedarf er gemäß § 1233 Abs. II BGB. eines vollstreckbaren Titels. Um diesen Titel zu erlangen, wird er regelmäßig gegen den Eigentümer klagen. Er kann aber auch gegen den Eigentümer im Mahnverfahren vorgehen oder sich von ihm eine vollstreckbare Urkunde erteilen lassen. Alle diese Wege verursachen Kosten. Wer hat diese Kosten zu tragen?

Bei der Entscheidung dieser Frage ist nicht schlechthin maßgebend, daß der Gläubiger auch den billigeren Weg des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. I BGB. hätte wählen können. Vom bloßen Ersparnisgesichtspunkt aus müßten dem Gläubiger alle Mehrkosten auferlegt werden, die der Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht gegenüber dem Privatverkauf nach § 1233 Abs. I BGB. verursacht[49]). Der Pfandgläubiger ist indessen nicht verpflichtet, das Pfand auf dem billigsten Wege zu verkaufen, um dem Pfandeigentümer Kosten zu ersparen. Es sprechen hier auch die Interessen des Pfandgläubigers mit. Das Pfand soll ihn sichern. Dieser Sicherungszweck wird bei dem freihändigen Verkauf insofern nur unvollkommen erreicht, als er bei einem unberechtigten Verkauf des Pfandes auf Grund des Pfandhingabevertrages dem Verpfänder ersatzpflichtig ist. Diese Ersatzpflicht fällt weg, wenn der Weg des § 1233 Abs. II BGB. beschritten wird — vgl. § 806 ZPO. —. Dem Pfandgläubiger ist deshalb die Verwertung nach § 1233 Abs. II BGB. erlaubt, ohne daß die Mehrkosten dieses Verfahrens ihm zur Last fallen.

I. Die Kostenentscheidung nach § 1 Pr. GKG., § 91 ZPO.

§ 12.

Will der Pfandgläubiger das Pfand auf Grund einer nach § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. erlangten Urkunde verkaufen, so richtet sich die Frage, wer die Kosten der Beschaffung des vollstreckbaren Titels zu tragen hat, nach den Gerichtskostengesetzen der einzelnen deutschen Länder. Für Preußen gilt das Gerichtskostengesetz vom 28. Oktober 1922 (GesS. S. 363). Gemäß § 1 dieses Gesetzes ist zur Zahlung der Kosten derjenige verpflichtet, durch dessen Antrag die Tätigkeit des Gerichts veranlaßt ist. Stellt der Eigentümer des Pfandes diesen Antrag, so wird er damit Kostenschuldner der Gerichtskasse. Hat aber der Pfandgläubiger diese Kosten für den Eigentümer verauslagt, so ist der Eigentümer verpflichtet, dem Pfandgläubiger diese Kosten zu erstatten, falls die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben. Im übrigen haftet auch gemäß § 1210 Abs. II BGB. das Pfand für diese Kosten, die durch die Ausstellung der vollstreckbaren Urkunde entstanden sind. Ist die vollstreckbare Urkunde nicht von einem Gericht, sondern von einem Notar ausgestellt, so gilt hinsichtlich der Kostenentscheidung das Gleiche. Für die entstandenen Kosten haftet auch hier wieder das Pfand. § 1210 Abs. II BGB.

[49]) Vgl. Brand § 371 Anm. 3b, aa d.

Will sich aber der Pfandgläubiger den zum Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht notwendigen vollstreckbaren Titel im Wege der streitigen Gerichtsbarkeit beschaffen, so beruht die Kostenentscheidung auf den §§ 91 ff. ZPO.

Einigkeit besteht wohl darüber, daß der beklagte Eigentümer immer dann die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, wenn er die Berechtigung des Pfandgläubigers, das Pfand zu verkaufen, im Prozesse bestreitet. Wenn dann entgegen der Ansicht des beklagten Pfandeigentümers die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers festgestellt wird, ist der Eigentümer gemäß § 91 ZPO. zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen. Es handelt sich in diesem Falle um Kosten der Rechtsverfolgung; deshalb haftet für diese Kosten gemäß § 1210 Abs. II BGB. auch wieder das Pfand.

Hat sich der beklagte Eigentümer untätig verhalten und sich im Versäumnisverfahren verurteilen lassen, so ist die Entscheidung im Ergebnis dieselbe. Auch hier hat der Eigentümer gemäß § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, für die wieder gemäß § 1210 Abs. II BGB. das Pfand haftet.

II. Der Beklagte erkennt den Anspruch an.

§ 13.

Schwieriger wird aber die Entscheidung der Frage, wenn der Eigentümer die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers anerkennt. Der § 93 ZPO. macht die Kostenentscheidung von der Frage der Klageveranlassung abhängig. Der Beklagte hat zu der Klage Veranlassung gegeben, wenn er bei verständiger Würdigung aller Umstände des Falles die Notwendigkeit des Prozesses erkennen mußte[50]).

I. Man hat davon auszugehen, ob der Kläger einen Rechtsschutzanspruch hatte, etwa weil der Beklagte durch sein Verhalten zur Klageerhebung Veranlassung gegeben hat. Unter dem Rechtsschutzanspruch versteht man „den Anspruch einer Partei gegen den Staat auf den ihrer Rechtslage entsprechenden günstigen Rechtsschutz“[51]). Der Rechtsschutzanspruch setzt ein Rechtsschutzinteresse voraus; denn dieses Interesse gehört zu den Bedingungen, von denen das Obsiegen des Klägers in dem Rechtsstreite abhängt. Die Frage nach der Veranlassung der Klage hat erst dann Bedeutung, wenn der Rechtsschutzanspruch und damit das Rechtsschutzinteresse des Klägers bejaht wird[52]).

Der Pfandgläubiger strengt die Klage gegen den Pfandeigentümer an, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen. Ihm fehlt also das Rechtsschutzinteresse, wenn er bereits einen vollstreckbaren Titel in Händen hat, der ihm den Verkauf des Pfandes gestattet[53]). Das Rechtsschutzin-

[50]) Vgl. RGZ Bd. 118 S. 264.
[51]) Rosenberg § 89 III.
[52]) Vgl. Hein, Duldung S. 274.
[53]) Deshalb kann auch der Ansicht von Hellwig, Anspruch S. 362 Note 51, nicht zugestimmt werden, daß sich der Prozeß auf Feststellung der Verkaufsberechtigung möglicherweise wiederholen könnte — abgesehen von den Ausnahmefällen des Verlustes des Titels und der Akten —. Die abermalige Durchführung eines solchen Prozesses ist wegen des fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig.

teresse wird sowohl durch ein Urteil als auch durch eine vollstreckbare Urkunde beseitigt, die der Pfandeigentümer dem Pfandgläubiger gemäß § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. ausstellt. Zur Beseitigung genügt es dagegen nicht, wenn der Eigentümer die Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers anerkennt oder erklärt, er werde den Verkauf dulden; denn keine dieser Erklärungen des Eigentümers ist geeignet, dem Pfandgläubiger die Möglichkeit der vollstreckungsmäßigen Pfandverwertung zu verschaffen.

II. 1. Besteht ein Rechtsschutzinteresse des Pfandgläubigers, dann gibt der beklagte Eigentümer Veranlassung zu der Klage, wenn er dieses „Rechtsschutzinteresse nicht beseitigt, obwohl die Tatsachen, auf denen es beruht, ihm vor Klageerhebung bekannt sind oder in seinem eigenen Verhalten bestehen“[54]). Der beklagte Eigentümer muß also die Umstände gekannt haben, aus denen sich das Vorhandensein seiner Haftung ergibt. Es ist zwar nicht nötig, daß er weiß, daß dem Pfandgläubiger ein Rechtsschutzanspruch zur Seite steht, aber er muß bei vernünftiger Beurteilung der ihm bekannten Sachlage wissen, daß er mit dem Pfande haftet. Er darf nicht mit der Klage des Pfandgläubigers auf Feststellung der Verkaufsberechtigung überrascht werden.

Kannte der Eigentümer das Vorhandensein seiner Haftung und nahm er keine Gelegenheit, das Rechtsschutzinteresse des Pfandgläubigers durch die Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. zu beseitigen, so gab er Veranlassung zu der Klageerhebung, da er das bestehende Rechtsschutzinteresse nicht beseitigt hat, obwohl er dazu in der Lage war. Auf ein Verschulden des Beklagten kommt es dabei nicht an. In diesem Falle würde er trotz seines sofortigen Anerkenntnisses gemäß § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben, weil die vorprozessuale Untätigkeit des Beklagten den Klageanlaß gab. Für diese Kosten haftet wieder das Pfand gemäß § 1210 Abs. II BGB.

Hierbei ist es gleichgültig, ob der Eigentümer rein äußerlich die Verkaufsberechtigung bestreitet oder ganz untätig bleibt. Das Bestreiten schafft unmittelbaren Klageanlaß, da hierdurch die Nichtbeseitigung des Interesses offenkundig wird. Aber auch bei einem einfachen Untätigbleiben ist die Anlaßfrage zu bejahen.

Wußte der Pfandeigentümer nichts von der Haftung, hatte er keine Gelegenheit, das Rechtsschutzinteresse des Pfandgläubigers zu beseitigen, und wurde er mit der Feststellungsklage nach § 1233 Abs. II BGB. überrascht, so gab er durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Klageerhebung. Bei einem sofortigen Anerkenntnis der Verkaufsberechtigung des Pfandgläubigers durch den Eigentümer müssen also in diesem Falle dem klagenden Pfandgläubiger gemäß § 93 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden. Biermann[55]) meint, daß auch für diese Kosten das Pfand gemäß § 1210 Abs. II BGB. haftet. Diese Ansicht ist unzutreffend. § 1210 Abs. II BGB. ist dahin auszulegen, daß das Pfand nur für diejenigen Kosten des Verkaufs

---

[54]) Hein, Duldung S. 275.

[55]) § 1233 Anm. 2a δ. Ebenso: Planck § 1233 Anm. 2aβ; Staudinger § 1233 Anm. II aδ.

Wie hier: Kretzschmar § 1233 Anm. 3a.

haftet, die dem Pfandgläubiger zu ersetzen sind. Da hier aber der Pfandgläubiger selbst zur Kostentragung verpflichtet ist, kann § 1210 Abs. II BGB. keine Anwendung finden. Es würde ein Widerspruch sein, wenn es dem Kläger gestattet wäre, die Kosten, welche ihm in dem Rechtsstreit mit dem Beklagten auferlegt sind, im Wege des Pfandverkaufs wieder beizutreiben. Zuerst wird der Beklagte kraft Richterspruchs ausdrücklich von der Kostentragungspflicht befreit, und dann soll er im Wege des Pfandverkaufs doch wieder für die Kosten haften? Das ist widersinnig. Die Auferlegung der Kosten enthält gleichzeitig die Abweisung des Anspruchs auf Erstattung der Rechtsstreitkosten. Eine Haftung des Pfandes für die Kosten des Rechtsstreits nach § 1210 Abs. II BGB. kann daher nicht in Frage kommen.

2. Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, den Eigentümer zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde oder zur Anspruchsbefriedigung aufzufordern[56]). Immerhin ist es für ihn zweckmäßig. Er unterrichtet damit den Eigentümer über dessen Haftung. Diese Aufforderung hat für den Fall des sofortigen Anerkenntnisses durch den Beklagten die beweisrechtliche Bedeutung, daß die Untätigkeit des Beklagten trotz Kenntnis der Haftungslage festgestellt wird[57]).

Hat der Eigentümer sich zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde auf seine Kosten erboten, so muß der Pfandgläubiger sich damit einverstanden erklären. Der Eigentümer hat dann alles getan, um das Rechtsschutzinteresse des Pfandgläubigers zu beseitigen. Für eine Klage auf Feststellung der Verkaufsberechtigung nach § 1233 Abs. II BGB. fehlt jetzt der Anlaß. Der Pfandgläubiger müßte deshalb bei einem sofortigen Anerkenntnis des Eigentümers gemäß § 93 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits tragen. Für diese Kosten haftet aber das Pfand nicht[58]), und § 1210 Abs. II BGB. kann keine Anwendung finden, da der Pfandgläubiger für diese Kosten keinen Ersatz verlangen kann, vielmehr selbst zur Kostentragung verpflichtet ist.

III. Die Beweislast.

§ 14.

Bei dem sofortigen Anerkenntnis des § 93 ZPO. ist die Frage von Bedeutung, welche der Parteien für die klageveranlassenden Tatsachen den Beweis zu führen hat. Nach der Ansicht von Stein[59]) soll die Beweislast den Beklagten treffen. Der Beklagte sei infolge seines Anerkenntnisses zu verurteilen und habe als unterliegende Partei grundsätzlich gemäß § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Wenn er diese Kosten nicht tragen wolle, dann müsse er dartun, daß er keine

[56]) Ebenso: Dümchen in JheringsJ. Bd. 54 S. 401; Hein, Duldung S. 276; Wolff in Ehrenbergs Handb. IV 1 S. 110 f. Note 10; LG Halle, Naumburger Z. 1902 S. 6 Nr. 5. —
A. A.: Stein § 93 Anm. III 2; OLG Rostock, OLG Bd. 12 S. 163.

[57]) Vgl. dazu § 14 S. 24 ff.

[58]) Vgl. oben § 13 S. 23 f.

[59]) § 93 Anm. III 1. Ebenso: OLG Hamburg, OLG Bd. 11 S. 54 f.; OLG Colmar, OLG Bd. 27 S. 43.

Veranlassung zur Klageerhebung gegeben habe, daß also die Ausnahme des § 93 ZPO. Anwendung finde und er ausnahmsweise nicht zur Kostentragung verpflichtet sei. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Wenn ein Prozeß geführt wird, so verfolgt der Kläger seine eigenen Interessen, gefährdet aber gleichzeitig die seines Gegners. Diese Interessengefährdung des Klägers beginnt schon mit der Klageerhebung, und ohne sie ist ein Prozeß überhaupt nicht denkbar. Demgegenüber braucht aber der Beklagte seine Interessen nicht unbedingt in dem Prozesse wahrzunehmen. Sucht er sie zu schützen, indem er der Interessengefährdung des Klägers entgegentritt, d. h. indem er den Klageanspruch bestreitet, so kommt auf diesen Fall § 91 ZPO. zur Anwendung. Die unterliegende Partei hat die Kosten zu tragen, da das prozessuale Vorgehen der obsiegenden Partei notwendig und auch sachlich gerechtfertigt war.

Nimmt aber der Beklagte seine Interessen in dem Prozesse nicht wahr, indem er den gegnerischen Anspruch sofort anerkennt, so kann im Laufe des Prozesses nicht die Frage geklärt werden, ob die Prozeßführung des Klägers notwendig war. Einer der Gesichtspunkte, auf denen die Kostenentscheidung nach § 91 ZPO. beruht, fällt also hier fort. Deshalb wird in diesem Falle grundsätzlich der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben. Nun wird aber durch § 93 ZPO. die vorprozessuale Interessenbetätigung des Beklagten der prozessualen gleichgesetzt. Wenn sich aus dem vorprozessualen Verhalten des Beklagten ergibt, daß die Prozeßführung des Klägers notwendig war, weil der Beklagte das Rechtsschutzinteresse des Klägers nicht beseitigt hat, dann hat der Beklagte Veranlassung zur Klageerhebung gegeben und muß infolgedessen ausnahmsweise trotz seines sofortigen Anerkenntnisses die Kosten des Rechtsstreits tragen. Da diese Kostentragungspflicht des Beklagten eine Ausnahme von dem Grundsatze der §§ 91, 93 ZPO. darstellt, muß der Kläger die Voraussetzung für diese Ausnahme beweisen[60]). Auf den Fall des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. angewandt, heißt das also, daß bei einem sofortigen Anerkenntnis des Eigentümers der klagende Pfandgläubiger dartun muß, daß der Eigentümer nichts unternommen hat, um ihn hinsichtlich seiner Forderung zu befriedigen oder ihm eine vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. I Ziff. 5 ZPO. auszustellen.

60) So auch Hein, Duldung S. 276 ff.; Leonhard, Beweislast S. 420; OLG Dresden, OLG Bd. 10 S. 374.

II. Teil:
Durchführung des vollstreckungsmäßigen Pfandverkaufs.

A. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

I. § 811 ZPO.

§ 15.

Gemäß § 1233 Abs. II BGB. können alle Sachen verkauft werden, an denen ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht zulässig ist. Auch der Verkauf solcher Pfandsachen ist nach § 1233 Abs. II BGB. möglich, die der Pfändung gemäß § 811 ZPO. nicht unterworfen sind. Abs. II des § 1233 BGB. gestattet dem Pfandgläubiger lediglich eine besondere Art des Pfandverkaufs. Der I. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln meint allerdings in einer alten Entscheidung[61]), obwohl die Bestellung eines Pfandrechtes auch an unpfändbaren Sachen möglich sei, finde der Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. nur bei solchen Pfandsachen statt, die auch der Pfändung unterworfen seien. Da aber der im Abs. II des § 1233 BGB. geforderte vollstreckbare Titel nur eine materielle Voraussetzung für die besondere Art des Pfandverkaufs ist, und da es sich bei dieser Art des Pfandverkaufs nicht um einen Akt der Zwangsvollstreckung handelt, unterliegen alle überhaupt verpfändbaren Sachen bei einem Vorgehen nach § 1233 Abs. II BGB. dem Verkauf nach Vollstreckungsrecht, ohne daß § 811 ZPO. zur Anwendung gelangt. Nicht die Vorschriften über die Pfändung sollen nach § 1233 Abs. II BGB. zur Anwendung kommen, sondern nur die Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache. Zu diesen Vorschriften gehört aber § 811 ZPO. nicht. Die Pfändbarkeit ist eine Voraussetzung für die Pfändung und betrifft nicht den Verkauf der gepfändeten Sache. Bei dem Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. kommt zudem eine Pfändung der Pfandsache überhaupt nicht in Frage. Der Pfandgläubiger hat die ihm verpfändete Sache bereits im Besitz und übergibt sie dem Gerichtsvollzieher zum Zwecke des Verkaufs. Der Pfandgläubiger erwirbt durch die Uebergabe der Pfandsache an den Gerichtsvollzieher weder ein Pfändungspfandrecht, noch wird dadurch die Pfandsache der öffentlich-rechtlichen Verstrickung unterworfen.

II. §§ 814 ff. ZPO.

§ 16.

Hat der Pfandgläubiger gegen den Eigentümer gemäß § 1233 Abs. II BGB. einen vollstreckbaren Titel erlangt, der seine Verkaufs-

[61]) OLG Bd. 1 S. 432.

berechtigung feststellt, so kann er den Verkauf des Pfandes nicht bloß nach den Vorschriften der §§ 1234—1240 BGB. — welcher Weg ihm auch noch nach Erlangung des vollstreckbaren Titels freisteht —, sondern auch nach §§ 814 ff. ZPO. betreiben. Er kann sich also so aus dem Pfande befriedigen, als wäre ihm die Sache nicht verpfändet, sondern für ihn gepfändet, als hätte er nicht ein Vertragspfandrecht an der Sache, sondern ein Pfändungspfandrecht. In Betracht kommen aber für diesen Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht nicht die Vorschriften der Zivilprozeßordnung, welche die Pfändung als solche behandeln, sondern nur die Vorschriften, die von dem Verkauf der gepfändeten Sachen handeln. Welche Vorschriften das sind, ist im folgenden zu erörtern.

Der Verkauf des Pfandes geschieht grundsätzlich durch einen Gerichtsvollzieher. Dies gilt auch für Pfandsachen mit einem Börsen- oder Marktpreis, die beim regelmäßigen Pfandverkauf durch einen Handelsmäkler oder einen Versteigerer marktmäßig verkauft werden dürfen. § 1221 BGB. Das Vollstreckungsgericht kann allerdings gemäß § 825 ZPO. — entsprechend § 1246 Abs. II BGB., § 166 FGG. bei dem Privatverkauf des Pfandes — auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners ausnahmsweise eine andere Verwertung des Pfandes, also auch die marktmäßige, anordnen.

Erfolgt der Verkauf in öffentlicher Versteigerung, so soll dem Zuschlag an den Meistbietenden ein dreimaliger Aufruf vorausgehen — § 817 Abs. I ZPO. —, und der Zuschlag darf — abgesehen von der Sonderregelung des § 820 ZPO. für Gold- und Silbersachen — nur auf ein Gebot erteilt werden, das mindestens die Hälfte des gewöhnlichen Verkaufswertes erreicht. § 3 der Bekanntmachung über das Mindestgebot vom 8. Oktober 1914 (RGBl. I S. 427). Da diese Bestimmungen der Mindestgebotsverordnung als ergänzende Vorschriften der Zivilprozeßordnung den vollstreckungsmäßigen Verkauf behandeln, sind sie auch auf den Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. anwendbar. Kostbarkeiten, also nicht nur Gold- und Silbersachen, sondern auch z. B. Platin und in Gold gefaßte Juwelen, sind vor der Versteigerung von einem Sachverständigen abzuschätzen. § 814 ZPO., § 1 Abs. IV der Mindestgebotsverordnung.

Der Gerichtsvollzieher ist bei diesem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. nicht etwa als Vertreter des Gläubigers tätig, obwohl die Grundlage für die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers auch bei dem Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. — genau wie in allen anderen Fällen des Pfandverkaufs — allein der Auftrag des Pfandgläubigers ist. Zwar erfolgt die Haftungsdurchführung durch die private Initiative des Gläubigers, der sein Recht zum Verkaufe geltend macht und auch durchführt, aber der Gerichtsvollzieher handelt trotzdem auch in diesem Falle als Staatsbeamter[62]).

---

[62]) Vgl. Düringer-Hachenburg, Vorbem. 105a vor § 368; Enneccerus III § 167 II 1; Rosenberg § 197 III 2; Stein § 817. Anm. IV; RGZ. Bd. 104 S. 285.

Der Ersteher erwirbt das Eigentum an der Pfandsache nicht schon mit dem Zuschlag durch den Gerichtsvollzieher. Mit dem Zuschlag kommt zwar gemäß § 156 BGB. der Vertrag zustande; aber mit ihm allein wird das Eigentum an der Pfandsache hier nicht übertragen. Die Regelung des Zwangsversteigerungsgesetzes im § 90, daß der Ersteher das Eigentum am Grundstück ohne Eintragung, an den beweglichen Sachen ohne Uebergabe erwirbt, ist etwas so Außergewöhnliches, daß es nicht möglich ist, diese Wirkungen auch dem Zuschlag gemäß § 817 ZPO. beizulegen. Es ist also auch hier zum Eigentumsübergang Einigung und Uebergabe der Pfandsache durch den Gerichtsvollzieher notwendig[63]).

Von dem Grundsatz, daß der Verkauf des Pfandes in öffentlicher Versteigerung zu erfolgen hat, gibt es wie im Bürgerlichen Gesetzbuch auch in der Zivilprozeßordnung Ausnahmen.

Gemäß § 1240 BGB. dürfen Gold- und Silbersachen nicht unter ihrem Metallwerte zugeschlagen werden. Falls ein genügendes Gebot nicht abgegeben wird, kann der Verkauf auch aus freier Hand erfolgen. Der Kaufpreis muß aber mindestens den Metallwert erreichen. Diese Vorschrift entspricht dem § 820 ZPO. Beide Vorschriften beziehen sich sowohl auf Gold- und Silbersachen, als auch auf andere Edelmetalle, z. B. Platin[64]), oder andere Kostbarkeiten, z. B. in Gold gefaßte Juwelen. Der Wortlaut der §§ 1240 BGB., 820 ZPO. umfaßt allerdings diese Kostbarkeiten nicht. Die Erstreckung rechtfertigt sich indessen aus praktischen Gesichtspunkten. Die Schätzung des Metallwertes hat durch Sachverständige zu erfolgen. Vgl. § 814 ZPO., § 1 Abs. I, II Satz 1, § 2 der Mindestgebotsverordnung. Nur in einem Punkte besteht ein unbedeutender Unterschied zwischen den beiden Freihandverkäufen. Nach § 1240 Abs. II BGB. kann nicht nur der Gerichtsvollzieher, sondern jede zur öffentlichen Versteigerung befugte Person — vgl. § 383 Abs. III BGB. — das Pfand aus freier Hand verkaufen, während bei einem Verkauf nach Vollstreckungsrecht gemäß § 820 ZPO. nur der Gerichtsvollzieher zu dem Verkaufe befugt ist.

Nach bürgerlichem Recht können alle Pfandsachen mit einem Börsen- oder Marktpreis freihändig verkauft werden. §§ 1235 Abs. II, 1221 BGB. (Das Gleiche gilt nach der Pfandreife für marktgängige Orderpapiere: §§ 1295, 1221 BGB.) Die Zivilprozeßordnung gibt diese Möglichkeit nur für Wertpapiere, soweit sie einen Börsen- oder Marktpreis haben. § 821 ZPO. Für andere marktgängige Pfandsachen bleibt die öffentliche Versteigerung vorgeschrieben. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß nach § 821 ZPO. marktgängige Wertpapiere, also auch die marktgängigen Orderpapiere, aus freier Hand verkauft werden müssen, während es nach §§ 1235 Abs. II, 1221 BGB. im Ermessen des Pfandgläubigers liegt, ob er das Wertpapier aus freier Hand verkaufen lassen will oder nicht. Dieser Unterschied ist im Falle des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. ohne praktische

---

[63]) Vgl. Stein § 817 Anm. IV; RGZ. Bd. 126 S. 24.

[64]) Ebenso: Foerster-Kann § 820; Stein § 820 Note. 1. — A. A.: Falkmann II S. 720; RGR-Komm. § 1240.

Auswirkungen, da der Pfandgläubiger auch nach Erlangung des vollstreckbaren Titels noch die Möglichkeit hat, das Pfand anstatt nach Vollstreckungsrecht gemäß § 1233 Abs. II BGB. nach § 1233 Abs. I BGB. im Wege des Privatverkaufs zu verkaufen. Es bleibt dem Pfandgläubiger also praktisch unbenommen, die ihm verpfändeten Wertpapiere auch öffentlich versteigern zu lassen. Schließlich kann nach §§ 1235 Abs. II, 1221 BGB. nicht nur der Gerichtsvollzieher, sondern jede zur öffentlichen Versteigerung befugte Person den freihändigen Verkauf bewirken, während nach § 821 ZPO. nur der Gerichtsvollzieher das Wertpapier freihändig verkaufen kann. Bei Namens- und Inhaberpapieren sind bei dem vollstreckungsmäßigen Pfandverkauf noch die §§ 822, 823 ZPO. von Bedeutung[65]). Der Gerichtsvollzieher kann bei dem Verkauf eines Namenspapieres ermächtigt werden, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben; bei dem Verkauf eines außer Kurs gesetzten Inhaberpapieres kann er ermächtigt werden, die Wiederinkurssetzung zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

Die Versteigerung hat an dem Orte zu erfolgen, wo das Pfand aufbewahrt wird, notfalls an einem anderen geeigneten Orte. § 1236 BGB., § 816 Abs. II ZPO. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung des Pfandes öffentlich bekannt zu machen: § 1237 Satz 1 BGB., § 816 Abs. III ZPO. Bei einem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. I BGB. sind der Eigentümer und Dritte, denen Rechte an der Pfandsache zustehen, vor der Versteigerung besonders zu benachrichtigen. § 1237 Satz 2 BGB. Ferner hat der Pfandgläubiger den Eigentümer von dem stattgefundenen Pfandverkauf und seinem Ergebnis unverzüglich zu benachrichtigen. § 1241 BGB. Der persönliche Schuldner und der mit dem Eigentümer nicht identische Verpfänder brauchen als solche nicht benachrichtigt zu werden; aber es genügt anstatt der vorgeschriebenen Nachricht an den Eigentümer eine Benachrichtigung des Verpfänders, wenn der Pfandgläubiger diesen für den Eigentümer gehalten hat. § 1248 BGB. Da diese Benachrichtigungspflichten für jeden Pfandverkauf bestehen — es sei denn, daß die Benachrichtigung untunlich ist —, bestehen sie auch bei dem Pfandverkauf in der Form der Zwangsversteigerung nach § 1233 Abs. II BGB.[66]). Die Benachrichtigungen erfolgen formlos. Ein Verstoß gegen diese Benachrichtigungspflichten macht den Pfandverkauf nicht ungültig — vgl. § 1243 Abs. I BGB. —. Der Pfandgläubiger wird aber schadensersatzpflichtig, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. § 1243 Abs. II BGB.

Bei der Versteigerung können alle Beteiligten mitbieten, also der Pfandgläubiger, obgleich er der Verkäufer ist, und der Eigentümer,

65) A.A.: Goldmann-Lilienthal II § 89 Note 38 S. 646.

66) Ebenso: Biermann § 1241 Anm. a; Planck § 1241; Staudinger § 1241; Warneyer § 1241. —
A. A.: Enneccerus III § 167 II 2; Goldmann-Lilienthal II § 89 Note 38 S. 646.

obgleich die zu verkaufende Sache sein Eigentum ist. § 816 Abs. IV ZPO., § 1239 BGB. Nicht mitbieten dürfen gemäß § 456 BGB. der Gerichtsvollzieher und seine Gehilfen, und zwar weder für sich selbst, noch als Vertreter von dritten Personen. Bleibt der Eigentümer Meistbietender, so erlangt er lastenfreies Eigentum an der Pfandsache. Der Eigentümer und der Schuldner müssen aber auf Verlangen ihren gebotenen Betrag bar erlegen, andernfalls ihre Gebote zurückgewiesen werden können. Vgl. § 816 Abs. IV ZPO., § 1239 Abs. II BGB.

Die Barklausel und die kassatorische Klausel, die bei einem Verkaufe des Pfandes nach § 1233 Abs. I BGB. gemäß § 1238 Abs. I BGB. besonders ausgemacht werden müssen, brauchen bei einem Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. nicht besonders vereinbart zu werden, da sie kraft Gesetzes gelten. § 817 Abs. II, III ZPO. Nach § 817 Abs. II ZPO. darf die zugeschlagene Pfandsache dem Ersteher nur gegen Barzahlung übergeben werden, selbst wenn ein anderer Zahlungstermin als der Schluß der Versteigerung festgesetzt wird. Liefert der Gerichtsvollzieher die Pfandsache dem Ersteher entgegen dieser Vorschrift ohne Barzahlung ab, so überschreitet er seine sachliche Zuständigkeit; der Ersteher erlangt aber trotzdem Eigentum an der Pfandsache, sofern nur die Einigung vorliegt und die Uebergabe durch den Gerichtsvollzieher ordnungsmäßig erfolgt ist. Wenn der Meistbietende nicht die Ablieferung der Pfandsache gegen Barzahlung verlangt, so wird sie gemäß § 817 Abs. III ZPO. anderweitig versteigert. Der Meistbietende darf hierbei nicht mitbieten und haftet für den Ausfall; auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

In der Zwangsvollstreckung wird anerkannt, daß der Gerichtsvollzieher mit Zustimmung des Gläubigers und des Vollstreckungsschuldners eine Stundung des Kaufpreises bewilligen kann[67]). Bei dem Verkauf auf Grund von § 1233 Abs. II BGB. ist diese Bewilligung nicht Sache des Gerichtsvollziehers, der nicht als Hoheitsorgan tätig wird. Hier ist die Zustimmung des Pfandgläubigers und des Schuldners als solche ausreichend, während es auf die Art der Mitteilung an den Ersteher nicht ankommt. Auch im Falle einer Stundung wird die Pfandsache dem Ersteher sofort übergeben. Dieser erlangt aber das Eigentum erst mit der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. Bei Nichtzahlung kommt die kassatorische Klausel des § 817 Abs. III ZPO. zur Anwendung; der Ersteher muß also die erneute Versteigerung der erstandenen Pfandsache dulden, ohne mitbieten zu dürfen, und haftet für den Ausfall, obwohl er auf den Mehrerlös keinen Anspruch hat. Wird der Kaufpreis erst *nach* dem Zuschlag gestundet, so kann der Gläubiger bei Nichtzahlung des Erstehers gegen diesen nur im Klagewege vorgehen, ohne die Möglichkeit zu haben, die Pfandsache gemäß § 817 Abs. III ZPO. erneut versteigern zu lassen. Genau so wie der Pfandgläubiger und der Schuldner Abweichungen von der Barklausel vereinbaren können, können sie auch die Zeit für die Ablieferung der versteigerten Sache anderweitig festsetzen und insoweit die Vorschrift des § 817 Abs. III. ZPO. abändern. In diesem Falle darf der Gerichtsvollzieher den Erlös nicht vor

[67]) Vgl. Falkmann II S. 724.

der Ablieferung dem Pfandgläubiger aushändigen. Tut er das doch, so haftet er dem Ersteher der Pfandsache, wenn diese in der Zwischenzeit abhanden kommt[68]). Denn kraft seiner amtlichen Eigenschaft ist der Gerichtsvollzieher dem Ersteher gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß er das im voraus einkassierte Geld dem Ersteher in dem Falle zurückerstatten kann, wenn die Uebergabe der Pfandsache unmöglich wird.

III. Insbesondere § 816 Abs. I ZPO.

§ 17.

Bei einem Verkauf des Pfandes nach § 1233 Abs. I BGB. muß der Pfandgläubiger dem Eigentümer den drohenden Verkauf vorher anzeigen; und erst nach einer Wartezeit von einem Monat darf der Verkauf stattfinden. § 1234 BGB. Diese Frist ist bei einem Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. auf eine Woche verkürzt — wie im § 368 Abs. I HGB. — § 816 Abs. I ZPO. Durch diese Fristsetzung wird der Zeitverlust, der mit der Erlangung des vollstreckbaren Titels verbunden ist, teilweise wieder eingeholt. Es fragt sich nur, von welchem Zeitpunkt an diese Frist zu laufen beginnt. § 816 Abs. I ZPO. spricht von „dem Tage der Pfändung". Da aber bei einem Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. das Pfand nicht neuerlich gepfändet wird, kann diese Vorschrift keine unmittelbare Anwendung finden. Goldmann-Lilienthal[69]) vertritt deswegen die Ansicht, daß an die Stelle des Tages der Pfändung der Tag der Auftragserteilung an den Gerichtsvollzieher zu treten habe. Düringer-Hachenburg[70]) und Kretzschmar[71]) behaupten, daß der Tag in Frage käme, an dem die Pfandsache dem Gerichtsvollzieher zur Verwertung übergeben sei. Keiner der Ansichten kann gefolgt werden.

Das richtige Ergebnis wird man erlangen, wenn man den § 1234 BGB. mit heranzieht. Bei dem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. I BGB. darf das Pfand erst nach einer vorherigen Androhung verkauft werden. Diese Androhung kann erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung erfolgen. Von diesem Zeitpunkt der Androhung an läuft die Wartefrist von einem Monat. Ist aber die Androhung überhaupt untunlich, so beginnt die Wartefrist schon von dem Zeitpunkte des Eintritts der Verkaufsberechtigung an zu laufen. Im Anschluß an diese Vorschrift des § 1234 Abs. II Satz 2 BGB. wird man daher sagen müssen, daß auch bei dem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. die Wartezeit des § 816 Abs. I ZPO. von dem Eintritte dieser besonderen Verkaufsberechtigung an, d. h. von dem Zeitpunkte der Erlangung des vollstreckbaren Titels an, läuft.

IV. Der Gewährleistungsanspruch: § 806 ZPO.

§ 18.

Wird ein Pfand auf Grund eines Pfändungspfandrechtes verkauft, so steht dem Erwerber weder ein Gewährleistungsanspruch wegen eines

[68]) Vgl. RGZ Bd. 35 S. 270; RG in Gruch. Bd. 38 S. 1032 ff.
[69]) II § 89 Note 38 S. 646.
[70]) Vorbem. 105a vor § 368.
[71]) § 1233 Anm. 3c.

Rechtsmangels, noch ein solcher wegen eines Sachmangels zu. § 806 ZPO.[72]). Diese Vorschrift soll nach herrschender Ansicht auf den Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht keine Anwendung finden können. Windscheid-Kipp[73]) betont, daß § 806 ZPO. eine Pfandveräußerung kraft Pfändungspfandrechtes voraussetze. Der Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. erfolge nicht auf Grund eines Pfändungspfandrechtes, sondern auf Grund eines Vertragspfandrechtes. Biermann[74]) vertritt die Meinung, daß gemäß § 1233 Abs. II BGB. nur diejenigen Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf diese besondere Art des Pfandverkaufs anwendbar seien, die den Verkauf der gepfändeten Sache betreffen. § 806 ZPO. handele aber von den Wirkungen des Pfandverkaufes. Die Rechtfertigung dieser Vorschrift liege darin, daß der Gläubiger eines Pfändungspfandrechtes gezwungen sei, das Pfandrecht zu erwerben und aus dem Pfande seine Befriedigung zu suchen. Wegen dieser Zwangslage solle er dem Erwerber nur in vermindertem Umfange haften. Dieser Gesichtspunkt treffe bei dem Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. nicht zu. Infolgedessen sei § 806 ZPO. für den Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht nicht anwendbar. Nach diesen Ansichten würde die Haftung wegen Sachmängel gemäß § 461 BGB. nur in Frage kommen, wenn die Pfandsache freihändig verkauft würde, ohne als Pfand bezeichnet zu werden. Für Rechtsmängel würde der Pfandgläubiger nach § 434 BGB. haften. Diese Haftung wäre allerdings nur selten praktisch, weil nach § 1242 BGB. Rechte Dritter an der Sache erlöschen, auch wenn sie dem Erwerber bekannt sind. § 1242 Abs. II BGB. Nur ein Nießbrauchsrecht, das allen Pfandrechten im Range vorgeht, bleibt bestehen. Aber auch dieses vorgehende Nießbrauchsrecht würde erlöschen, wenn der Erwerber hinsichtlich des Nichtbestehens dieses Nießbrauchsrechtes gutgläubig wäre. § 936 BGB.

Die Beweisgründe der herrschenden Meinung sind nicht überzeugend.

Auch § 806 ZPO. gehört zu den Vorschriften, die für den Verkauf einer gepfändeten Sache gelten. Gewiß betrifft § 806 ZPO. den Pfandverkauf auf Grund eines Pfändungspfandrechtes. Der Pfandgläubiger soll aber nach § 1233 Abs. II BGB. die gleiche Rechtsstellung erlangen wie der Pfändungspfandgläubiger. Dazu gehört auch, daß ihm die rechtlichen Vorteile zuteil werden, die mit dem Verkauf einer gepfändeten Sache verknüpft sind. Der § 806 ZPO. muß deshalb zur Anwendung kommen, obwohl der Pfandverkauf nach § 1233 Abs. II BGB. auf Grund eines Vertragspfandrechtes erfolgt. § 806 ZPO. kann nicht als eine bloß die Wirkungen des Pfandverkaufs betreffende Norm von den Vorschriften über den Verkauf der gepfändeten Sache getrennt werden. Die Regelung der Mängelhaftung bildet mit den Ver-

---

[72]) Das Gleiche gilt gemäß § 56 Satz 3 ZVG bei der Zwangsversteigerung von Grundstücken.

[73]) I § 238 I 17 S. 1213.

[74]) § 1233 Anm. 2b. Ebenso: Düringer-Hachenburg, Vorbem. 105b vor § 368; Goldmann-Lilienthal II § 89 Note 38 S. 645. Ferner ohne Begründung: RGR-Komm. § 1233 Anm. 2.

kaufsvorschriften eine Einheit. Gewiß ist der Pfandgläubiger nicht wie ein Pfändungspfandgläubiger gezwungen, die Pfandsache nach Vollstreckungsrecht verkaufen zu lassen. Trotzdem muß ihm die Vorschrift des § 806 ZPO. zur Seite stehen, weil er nach der ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift des § 1233 Abs. II BGB. berechtigt ist, diesen Weg des Pfandverkaufes zu beschreiten. Wer die Pfandsache erwirbt, hat demnach keinerlei Rechte auf Gewährleistung und kann weder wegen eines Rechtsmangels, noch wegen eines Sachmangels gegen den Schuldner oder den Gläubiger vorgehen. Auch bei einem freihändigen Verkauf der Pfandsache nach §§ 820, 821, 825 ZPO. hat der Erwerber keinen Gewährleistungsanspruch wegen eines Rechtsmangels oder eines Sachmangels. Der Pfandgläubiger wird also bei einem Verkaufe des Pfandes nach Vollstreckungsrecht erheblich besser gedeckt als bei einem Verkauf nach § 1233 Abs. I BGB.

Zu erörtern ist noch der Fall, daß bei dem Verkauf des Pfandes dem Erwerber besondere Eigenschaften zugesichert werden. Nach der Ansicht von Dernburg[75]) soll dem Erwerber der Pfandsache doch ein Gewährleistungsanspruch zur Seite stehen. Denn der in den §§ 461 BGB. und 806 ZPO. festgesetzte Ausschluß der Haftung für Mängel beziehe sich nicht auf das Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Vielmehr sollte in diesen Vorschriften nur die gesetzliche Fehlerhaftung ausgeschlossen werden. Ferner bezwecke die Zusicherung besonderer Eigenschaften, ein günstigeres Ergebnis der Versteigerung herbeizuführen. Es sei daher unbillig, zum Nachteil der Beteiligten, vor allem des Schuldners, diese Möglichkeit abzuschneiden. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Sowohl der § 461 BGB. als auch der § 806 ZPO. beziehen sich auf jede Gewährleistung. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes: „Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten . . .", sagt § 461 BGB., und dementsprechend heißt es im § 806 ZPO.: „. . . steht dem Erwerber wegen eines Mangels im Recht oder wegen eines Mangels der veräußerten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu". Auch das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist ein Sachmangel. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß der gesetzliche Ausdruck in den §§ 461 BGB., 806 ZPO. einen anderen Sinn hat als im § 460 BGB. Wenn man dort unter dem Ausdruck „Mangel der verkauften Sache" auch den Mangel zugesicherter Eigenschaften versteht, so muß man dasselbe auch für § 461 BGB. annehmen. In beiden Vorschriften, und somit auch im § 806 ZPO., umfaßt also der Ausdruck „Mangel der verkauften Sache" auch den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft.

Der bei dem Pfandverkauf dem Gläubiger zugekommene oder ihm gebührende Erlös hat die Schuld ganz oder teilweise getilgt. Diese Rechtsfolge würde in Frage gestellt sein, wenn im Falle der Zusicherung

---

[75]) II 2 § 184 VII S. 71. So auch die herrschende Meinung: Vgl. Crome II § 220 Note 75 S. 453; Damm in ZZP. Bd. 42 S. 511; Düringer-Hachenburg V 1 Anm. 199 S. 180; Enneccerus II § 109, 4; Falkmann II S. 719; Planck § 461 Anm. 1b und Anm. 2; RGR-Komm. § 461 Anm. 1; Soergel § 461 Anm. 2; Warneyer § 461.

besonderer Eigenschaften die Anwendbarkeit des § 461 BGB. und des § 806 ZPO. ausgeschlossen würde, und wenn gegenüber dem verkaufenden Pfandgläubiger ein Anspruch auf Wandelung oder Minderung durchgreifen würde. Da diese Folgen mit den Anschauungen über den Verkehrsschutz unvereinbar sind und eine Unsicherheit im Rechtsverkehr mit sich bringen, schließt das Gesetz im § 461 BGB., § 806 ZPO. bei einem Pfandverkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung jede Gewährleistung und damit auch die Gewährleistung für zugesicherte Eigenschaften schlechthin aus[76]). Eine solche Zusicherung besonderer Eigenschaften kann daher auch nicht als Vertragsbestimmung in den Kaufvertrag, bzw. in die Versteigerungsbestimmungen aufgenommen werden.

Dadurch wird aber den Parteien nicht die Möglichkeit genommen, die dispositiven und materiellen Bestimmungen der §§ 461 BGB., 806 ZPO. durch ein besonderes und bestimmt festgelegtes Uebereinkommen außer Kraft zu setzen. Ein solches Vertragsverhältnis, das neben dem Versteigerungsgeschäft besteht, verpflichtet den Pfandgläubiger, für die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft einzustehen und den Vertrag zu erfüllen. Im Einzelfalle ist es Tatfrage[77]), ob eine den Haftungsbefreiungsgrund der §§ 461 BGB., 806 ZPO. ausschließende vertragsmäßige Haftung vorliegt. Die durch den verkaufenden Gläubiger erfolgende einseitige Zusicherung genügt jedenfalls nicht als Grundlage eines Gewährleistungsanspruchs. Man muß deshalb zu dem Ergebnis kommen, daß auch bei der Zusicherung von besonderen Eigenschaften der Pfandsache dem Erwerber gemäß § 806 ZPO. kein Gewährleistungsanspruch wegen Mängel der Sache zusteht.

Die Zusicherung kann freilich in besonderen Fällen eine Haftung aus unerlaubter Handlung begründen[78]). So kann das arglistige Verschweigen von Mängeln der Pfandsache den Tatbestand der §§ 823 Abs. II, 826 BGB. enthalten. Ferner wird bei einer Zusicherung des Gerichtsvollziehers die Beamtenhaftung gemäß § 839 BGB. eintreten.

B. Die nicht anwendbaren Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

§ 19.

I. Die Vorschriften der §§ 817 Abs. IV, 818, 819 ZPO. sollen nach der Ansicht von Kretzschmar[79]) auf den Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht Anwendung finden. Diese Paragraphen handeln nicht von dem Verkauf des Pfandes, sondern sie behandeln die Rückwir-

[76]) Wie hier: Dickel, Rechtsfälle, 1 S. 97, 99; Eccius in Gruch. Bd. 43 S. 269 f., 313 f.; Hanke S. 155 f.; Oertmann II 2 § 461 Anm. 1a; Staudinger § 461 Anm. 1; Stein § 806 Anm. I 2.

[77]) Vgl. Mot. II S. 238.

[78]) Vgl. Dickel, Rechtsfälle 1 S. 100, 102 ff.; Oertmann § 461 Anm. 1d; RGR.-Komm. § 461 Anm. 1; Staudinger § 461 Anm. 3; Stein § 806 Anm. I 2. — Vgl. dazu auch: Mot. II S. 237.

[79]) § 1233 Anm. 3c.

kung des Pfandverkaufes auf den Befriedigungszweck. § 817 Abs. IV ZPO. setzt fest, daß im Falle eines Zuschlags an den Pfändungsgläubiger dessen Forderung an den Vollstreckungsschuldner mit seiner Kaufschuld kraft Gesetzes verrechnet wird. Auch in den §§ 818, 819 ZPO. handelt es sich hinsichtlich der Einstellung der Versteigerung und der Erlöszahlung um Regeln über die Befriedigung des Gläubigers. Diese Vorschriften betreffen also nicht die Durchführung des Verkaufs und auch nicht wie § 806 ZPO. dessen zivilrechtliche Folgen. Vielmehr wird hier die vollstreckungsrechtliche Befriedigungslage geordnet.

Anstatt des § 817 Abs. IV ZPO. gilt § 1239 Abs. I Satz 2 BGB. Wird der Zuschlag dem Pfandgläubiger selbst erteilt[80]), so ist er als Ersteher nicht verpflichtet, die geschuldete sofortige Barzahlung an sich selbst zu leisten. Hinsichtlich seiner Befriedigung und der dinglichen Rechte Dritter an dem Erlöse treten die Wirkungen ein, wie wenn er gezahlt hätte. Wenn der Versteigerungserlös den Forderungsbetrag des Gläubigers erreicht, gilt der Pfandgläubiger als befriedigt. Soweit durch die Versteigerung ein Mehrerlös erzielt wird, ist der Pfandgläubiger Schuldner des bisherigen Pfandeigentümers, und diese Schuld tritt an die Stelle des verkauften Pfandes. § 1247 Satz 2 BGB.

Der § 818 ZPO. wird durch § 1230 Satz 2 BGB. ersetzt. Verkauft der Pfandgläubiger mehr Pfänder, als zu seiner Befriedigung nötig sind, so ist der Verkauf unrechtmäßig und macht den Pfandgläubiger schadensersatzpflichtig. § 1243 BGB. Da aber diese Vorschrift nicht zwingenden Rechtes ist[81]) — weswegen auch ein gutgläubiger Eigentumserwerb gemäß § 1244 BGB. möglich ist —, können die Parteien durch Vereinbarungen diese Vorschrift ausschließen oder so abändern, daß dem Pfandgläubiger eine weitergehende Befugnis eingeräumt wird. Ein dahingehender Wille der Parteien kann auch aus den Umständen des ganzen Verkaufes oder aus der Art des Pfandgegenstandes entnommen werden. Ist zum Beispiel bei dem Verkauf einer verpfändeten Sachgesamtheit ein Ueberverkauf geboten oder unvermeidlich, weil sonst die verpfändeten Gegenstände unverkäuflich oder nur schwer verkäuflich sein würden, so liegt kein Verstoß gegen § 1230 Satz 2 BGB. vor, und der Verkauf ist rechtmäßig.

Für § 819 ZPO. wird schließlich § 1247 BGB. anzuwenden sein. Bei einem rechtmäßigen Pfandverkauf zieht der Pfandgläubiger den Barerlös, soweit er ihm gemäß § 1210 BGB. gebührt, für sich ein, im übrigen für die anderen Berechtigten. Dann erwirbt der Gläubiger an dem Barerlös Alleineigentum, wenn der Erlös mit dem Betrage seiner Forderung übereinstimmt. Ist ein Mehrerlös erreicht, so erlangen der Gläubiger und die anderen Berechtigten Miteigentum an dem Erlöse.

Wenn aber dem betreibenden Pfandgläubiger noch andere Pfandrechte vorgehen, so soll nach der Ansicht von Emmerich[82]) der Pfand-

[80]) Der Gläubiger darf gemäß § 816 Abs. IV ZPO, § 1239 Abs. 1 Satz 2 BGB bei der Versteigerung selbst mitbieten. Vgl. oben § 16 S. 29 f.

[81]) Vgl. Mot. III S. 829; RG. in JW. 1908 S. 142 Nr. 13.

[82]) § 58 S. 356 und Anm. 147. Ebenso: Buhl § 20 S. 116 f.; v. Gierke D.P.R. II § 170 XI 3a β; Nebinger S. 32; Staudinger § 1247 Anm. 3; Hirsch, Uebertragung I S. 400 ff. Letzterer nimmt in allen Fällen des Pfandverkaufes zunächst die Entstehung eines Geldpfandrechtes an.

gläubiger nicht Eigentümer des erzielten Erlöses werden. Vielmehr soll in diesem Falle eine unbeschränkte Surrogation eintreten, und der Pfandeigentümer Alleineigentümer des Pfanderlöses werden. Der betreibende Pfandgläubiger soll Gläubiger des neu entstandenen Geldpfandrechtes werden, also Pfandgläubiger bleiben. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Wenn das Gesetz auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht gibt, so muß dieser sich aus dem Erlöse befriedigen dürfen. Mit einem Pfandrecht an dem Erlöse ist dem Pfandgläubiger nicht geholfen.

Uebersteigt der Erlös die Forderung, so haben der Pfandgläubiger und der Eigentümer solange Miteigentum an dem Erlös, bis der Pfandgläubiger den Pfanderlös teilt. An die Stelle des Miteigentums am ganzen Betrage tritt dann das Alleineigentum des Pfandgläubigers an dem ihm gebührenden Rest des Erlöses. Im übrigen bestehen an dem Ueberschuß diejenigen Rechte weiter, die bisher an dem Pfandrecht bestanden. Reicht der Erlös für die Befriedigung der mehreren Pfandgläubiger nicht aus, so wird der Erlös nicht etwa nach Kopfteilen, sondern nach dem Verhältnis der Höhe der einzelnen Forderungen zu einander geteilt[83]). Jeder Pfandgläubiger, also sowohl der betreibende, als auch die vorgehenden, erhält eine der Höhe seiner Forderung entsprechende Quote.

Der Pfandgläubiger gilt immer als durch den wahren Eigentümer befriedigt, also niemals durch den persönlichen Schuldner oder den Verpfänder, auch nicht, wenn der Pfandgläubiger an dessen Eigentum glaubt. Dadurch ist der persönliche Schuldner insoweit von der Zahlung befreit. § 267 BGB. Der Eigentümer hat aber gegen diesen mangels besonderer Vereinbarungen ein Rückgriffsrecht, da die Forderung gemäß §§ 1249, 268 Abs. III BGB. auf ihn übergegangen ist[84]). Der wahre Eigentümer erlangt auch immer an dem Mehrerlös Miteigentum.

II. Einige Sonderfälle sind noch zu erwähnen:

Ist die in § 817 Abs. III ZPO. enthaltene kassatorische Klausel durch Vertrag ausgeschlossen worden, so ist der Pfandgläubiger insoweit Gläubiger des Kaufpreises, als ihm der Erlös zusteht. Falls nichts anderes vereinbart ist, kann er dann bei Fälligkeit der Forderung diese eintreiben. Dann tritt die gezahlte Summe wieder an die Stelle der Forderung und gilt als Erlös. Die weiteren Folgen sind dann dieselben, als wenn der Erlös sofort in bar gezahlt worden wäre.

Ist der Pfandgläubiger selbst der Ersteher, so ist mit dem Zuschlag der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen. § 1239 Abs. I Satz 2

---

[83]) Vgl. RGZ Bd. 60 S. 73 f.

[84]) Nach einer Ansicht soll die Forderung nach § 1225 BGB übergehen. § 1249 BGB könne keine Anwendung finden, da er ein Befriedigen des Pfandgläubigers voraussetze, das den Pfandverkauf vermeiden solle:

Vgl. Endemann II § 140 Anm. 20 S. 929; RGR-Komm. § 1247 Anm. 4; Staudinger § 1247 Anm. 1a.

Eine entsprechende Anwendung des § 1249 BGB erscheint indessen angebrachter, da § 1225 BGB nur vom Verpfänder und nicht auch vom Eigentümer spricht.

Wie hier: Biermann § 1247 Anm. 2a; Planck § 1247 Anm. 3a.

BGB. In diesem Falle gilt der Pfandgläubiger, insoweit sich der Kaufpreis mit seiner Forderung deckt, als vom Eigentümer befriedigt. In Höhe des Restkaufpreises bleibt er Schuldner des Eigentümers. An dieser Forderung auf Zahlung des Restkaufpreises bleiben alle Rechte Dritter erhalten, die vorher an der Pfandsache bestanden. Der Mehrerlös tritt also an die Stelle des Pfandes.

III. Zusammenfassung.

Bei der besonderen Art des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung Anwendung, die den Verkauf des Pfandes betreffen. Nicht anwendbar sind die Bestimmungen, welche die Pfändung selbst oder die Befriedigungsfolgen der Versteigerung behandeln. Demnach scheiden aus die §§ 803 — 805, 807 — 813, 817 Abs. IV, 818, 819 ZPO. Die Anwendung beschränkt sich auf die §§ 806, 814, 816, 817 Abs. I — III, 820 — 823, 825 ZPO. Ferner würden noch die §§ 815, 824 ZPO. anwendbar sein; diese haben aber für den Fall des Pfandverkaufs nach § 1233 Abs. II BGB. keine praktische Bedeutung.

C. Der nichtrechtmäßige Pfandverkauf.

§ 20.

I. Durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlangt der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er das Pfand vom Eigentümer erworben hätte. Das gilt auch dann, wenn der Pfandgläubiger selbst die Sache erwirbt. § 1242 Abs. I BGB. Was unter einem rechtmäßigen Pfandverkauf zu verstehen ist, sagt § 1243 BGB. Nach der Ansicht von Nebinger[85]) sollen im § 1243 BGB. nicht alle Fälle des nichtrechtmäßigen Pfandverkaufes aufgezählt sein. So sei auch der Pfandverkauf nichtrechtmäßig, der ohne ein gültiges Pfandrecht des Veräußerers vorgenommen sei. Diese Ansicht ist unzutreffend. Das Gesetz bezeichnet nur diejenige Veräußerung eines Pfandes als nichtrechtmäßig, die auf Grund eines bestehenden Pfandrechtes vorgenommen wird. Wenn jemand eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß ihm ein Pfandrecht an der Sache zusteht, so ist diese Veräußerung zwar rechtswidrig, sie ist aber nicht „nichtrechtmäßig" im Sinne des Gesetzes. Ebenso wenig ist sie „nichtrechtmäßig", wenn der Titel nach der Veräußerung des Pfandes wieder wegfällt, indem z. B. das Pfand nur auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils veräußert worden und dieses Urteil nachträglich wieder aufgehoben ist. Die Aufhebung des Titels kann freilich unter einem anderen Gesichtspunkt für den Eigentumserwerb des Pfandkäufers von Bedeutung sein. Wird das Pfand auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils veräußert, so ist diese Veräußerung rechtswidrig, wenn das Urteil aufgehoben und rechtskräftig festgestellt wird, daß der Veräußerer kein Pfandrecht hat. Die Sache ist dann als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht. Dieser Mangel wird durch den guten Glauben des Erwerbers ge-

[85]) S. 3 f. Ebenso: Emmerich S. 333; Staudinger § 1243 Anm. 1.

heilt, so daß dieser Eigentümer des Pfandes geworden ist. § 1244 BGB. Die Anwendung des § 1244 BGB. ist auch in diesem Falle möglich[86]), da der Verkauf des Pfandes nach Vollstreckungsrecht gemäß § 1233 Abs. II BGB. — wenn auch ohne einen Titel gegen den Eigentümer — erfolgt ist. Eigentümer des Erlöses ist der alte Pfandeigentümer geblieben, da der Erlös an die Stelle des Pfandes tritt. Der alte Pfandeigentümer kann von dem Pfandgläubiger die Herausgabe des Erlöses mit der rei vindicatio — § 985 BGB. — oder, falls der Pfandgläubiger den Erlös bereits mit seinem sonstigen Vermögen vermengt hat — § 948 BGB. —, nach Bereicherungsgrundsätzen — § 812 ff. BGB. — herausverlangen[87]) [88]).

Das Gesetz hat den Ausdruck „nichtrechtmäßig" im § 1243 BGB. zum „terminus technicus"[89]) erhoben. Im § 1243 BGB. sind demnach alle Fälle eines nichtrechtmäßigen Pfandverkaufes erschöpfend aufgezählt. Daß der Veräußerer als Pfandgläubiger zu der Veräußerung des Pfandes befugt war und das Veräußerungsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über die Eigentumsübertragung genügte — vgl. §§ 929 — 931 BGB. —, wird dabei vorausgesetzt. Insoweit muß den Anforderungen an die Pfandveräußerung entsprochen sein[90]).

Der rechtmäßige Pfandverkauf hat nach § 1247 BGB. die Befriedigungsfolge. § 1243 BGB. bildet daher die Grundlage für die zivilrechtliche Befriedigungswirkung. Er gilt nicht bloß für den regelmäßigen Pfandverkauf nach bürgerlichem Recht, sondern auch für den vollstreckungsmäßigen Verkauf des § 1233 Abs. II BGB. Diese Anwendbarkeit ist unabhängig davon, ob die §§ 1243 ff. BGB. auch auf die eigentliche vollstreckungsrechtliche Zwangsveräußerung Anwendung finden dürfen[91]). Der Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. ist nicht Zwangsvollstreckung, sondern ein Pfandverkauf nach besonderen Verkaufsregeln. Die Rechtmäßigkeitsvorschriften des § 1243 BGB. sind deshalb auf die anzuwendenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung, die §§ 806, 814, 816, 817 Abs. I — III, 820 — 823, 825 ZPO. zu übertragen.

II. Das Gesetz zählt im Abs. I des § 1243 BGB. diejenigen wesentlichen Vorschriften auf, deren Verletzung den Pfandverkauf nichtrechtmäßig macht, so daß er nicht die im § 1242 BGB. bestimmte Wirkung hat. Der nichtrechtmäßige Verkauf kann aber durch den guten Glauben des Erwerbers wirksam werden, sodaß der Erwerber trotzdem pfandfreies Eigentum an der erstandenen Sache erwirbt. Die näheren

---

86) Vgl. Bloch S. 89 f.; Neumann in DJZ 1901 S. 16 ff.

87) Vgl. Enneccerus III § 167 IV.

88) Auf die sich möglicherweise aus § 717 Abs. II ZPO für den veräußernden Pfandgläubiger ergebende Schadensersatzpflicht braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.

89) Planck § 1243 Anm. 1.

90) Vgl. RGZ 100 S. 277.

91) Diese Ansicht wird mit Recht von Biermann, Vorbem. 1 vor §§ 1204 ff. vertreten. Ebenso: Düringer-Hachenburg, Vorbem. 105a vor § 368; Enneccerus III § 167 III; Planck § 1257 Anm. 4; M. Wolff in der Festgabe für Hübler S. 66 ff. —

A. A.: Bloch S. 90; Emmerich S. 322 Anm. 61c; Kaufmann in Gruch. Bd. 53 S. 327; Stein § 814 Anm. III.

Bestimmungen darüber gibt § 1244 BGB. dahin, daß gewisse Mindestanforderungen eingehalten sein müssen.

Wird bei einem regelmäßigen Pfandverkauf gegen die Vorschriften der §§ 1235 Abs. I, II, 1240 Abs. II BGB. verstoßen, so kann dieser Mangel auch nicht durch den guten Glauben des Erwerbers unschädlich werden. Der Verkauf muß also im Wege der öffentlichen Versteigerung bewirkt sein. Ein Pfand mit einem Börsen- oder Marktpreis muß entweder auch öffentlich versteigert oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person freihändig verkauft sein. Bei Gold- und Silbersachen muß ein freihändiger Verkauf von einer zur öffentlichen Versteigerung befugten Person mindestens zum Metallwert erfolgt sein, nachdem vorher ein vergeblicher Versteigerungsversuch gemacht wurde. Entsprechend hat man bei dem Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht die Vorschriften der §§ 814 erster Satzteil, 820 Satz 2, 821 ZPO. zu beachten[92]). Der Verkauf muß auch hier in öffentlicher Versteigerung erfolgen; bei Gold- und Silbersachen muß der freihändige Verkauf zum Metallwert erfolgen, wenn die Versteigerung mißlingt; Wertpapiere mit einem Börsen- oder Marktpreis müssen freihändig zum Tageskurse verkauft werden. Wird gegen eine dieser unersetzbaren Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen verstoßen, so bleibt die Veräußerung des Pfandes auch bei gutem Glauben des Erwerbers nichtrechtmäßig[93]). Der gutgläubige Erwerb nach § 1244 BGB. ist ausgeschlossen, wie die Vorschrift ausdrücklich bestimmt.

Wenn nur gegen die Vorschriften der §§ 1230 Satz 2, 1237 Satz 1, 1240 Abs. I BGB. verstoßen wird, so wird nach § 1243 BGB. der Verstoß durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt. Entsprechend den beiden letzteren Vorschriften gelten bei dem Verkauf des Pfandes nach § 1233 Abs. II BGB. die Vorschriften der §§ 816 Abs. III, 820 Satz 1 ZPO. Der Verpfänder darf nur so viele Pfänder verkaufen, als zu seiner Befriedigung nötig sind; Versteigerungsort und Versteigerungszeit sind öffentlich bekannt zu machen; Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Metallwert zugeschlagen werden. Bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften ist die Veräußerung des Pfandes nichtrechtmäßig und es kann sich für den Pfandgläubiger eine Schadensersatzpflicht ergeben. Aber diese Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sind ersetzbar. Der gutgläubige Erwerber erlangt trotz der Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung Eigentum an dem Pfande. § 1244 BGB.

Herrscht Streit über die Rechtmäßigkeit der Veräußerung, so trifft denjenigen die Beweislast, der sich auf die Verletzung einer der maßgebenden Vorschriften beruft. Allerdings wird dieser Satz nicht allgemein, sondern nur dann gelten können, wenn es sich um einen Rechtsstreit mit dem Erwerber des Pfandes oder dessen Rechtsnachfolger handelt,

---

92) A.A.: Bloch, S. 90, nach dessen Ansicht beim Pfandverkauf nach Vollstreckungsrecht der Unterschied zwischen rechtmäßigem und nichtrechtmäßigem Verkauf fortfallen soll.

93) Vgl. Düringer-Hachenburg, Vorbem. 105a vor § 368; Ennecceruś III § 167 III und III 1; Nebinger S. 16; Planck § 1257 Anm. 4; M. Wolff in der Festgabe für Hübler S. 66 ff.

der sich auf das Eigentum an dem Pfand beruft. Bei einem Rechtsstreit zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger wird immer der Pfandgläubiger die Rechtmäßigkeit der Veräußerung des Pfandes zu beweisen haben, selbst dann, wenn sich der Verpfänder auf die Nichtrechtmäßigkeit beruft[94]).

Werden andere, als die bisher genannten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches oder der Zivilprozeßordnung bei der Veräußerung des Pfandes verletzt, so ist die Veräußerung des Pfandes trotzdem rechtmäßig, da alle übrigen Vorschriften nur Ordnungsvorschriften sind. Ordnungsvorschriften sind also: die Benachrichtigung des Eigentümers und des dinglich Berechtigten von der drohenden Versteigerung und ihrem Ergebnis: §§ 1237 Satz 2, 1241 BGB.; die Befriedigung des Pfandgläubigers: § 1239 Abs. I Satz 2 BGB.; die Abschätzung von Kostbarkeiten vor der Versteigerung: § 814 zweiter Satzteil ZPO., § 1 der Mindestgebotsverordnung; die Einhaltung der Wartefrist von einer Woche: § 816 Abs. I ZPO.; die Vorschriften über den Versteigerungsort: § 816 Abs. II ZPO.; der dreimalige Aufruf vor dem Zuschlag: § 817 Abs. I ZPO. Nicht zu diesen Ordnungsvorschriften gehört aber § 817 Abs. II, III ZPO.; denn ein Verstoß gegen die Barklausel zieht nicht die Folgen des § 1243 Abs. II BGB. nach sich; sondern diese Folgen sind im Abs. III des § 817 ZPO. selbständig geregelt.

Besonders wichtig ist, daß nicht einmal ein Verstoß gegen § 1233 Abs. II BGB. die Rechtmäßigkeit der Veräußerung des Pfandes in Frage stellt[95]). Erfolgt der Verkauf des Pfandes nach Vollstreckungsrecht ohne einen vollstreckbaren Titel, so ist zwar infolge dieses Mangels der Verkauf rechtswidrig, aber nicht im Sinne des Gesetzes nichtrechtmäßig. Gemäß § 1243 Abs. II BGB. wird durch diesen Mangel die Wirksamkeit der Veräußerung nicht berührt. Das gleiche gilt, wenn der Titel nach der Veräußerung des Pfandes wieder wegfällt, indem z. B. das Pfand nur auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils veräußert worden und dieses Urteil nachträglich wieder aufgehoben ist[96]).

Verstößt der Pfandgläubiger schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig — vgl. § 276 BGB. — gegen eine Ordnungsvorschrift, so ist er dem Eigentümer — und im Falle des § 1237 Satz 2 BGB. auch dem dinglich Berechtigten — gegenüber zum Schadensersatze verpflichtet. § 1243 Abs. II BGB. Bedient sich der Pfandgläubiger zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung eines Dritten, so hat er dessen Verschulden gemäß §§ 278, 831 BGB. zu vertreten.

Die Beweislast für den Ersatzanspruch richtet sich nach den allgemeinen im Schuldrecht geltenden Regeln. Der Kläger muß also beweisen, daß ein Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift vorliegt, und daß ihm dadurch ein Schaden entstanden ist. Der beklagte Pfandgläubiger muß dartun, daß ihn kein Verschulden trifft. In der Regel wird die Klage schon deshalb abzuweisen sein, weil das Gericht ohne weiteres davon ausgehen kann, daß auch im Falle der Beobachtung der gesetzlichen

94) Vgl. Planck § 1243 Anm. 1 a. E.
95) Vgl. Planck § 1243 Anm. 1 a. E.
96) Siehe oben § 20 S. 37.

Vorschriften sich das Ergebnis des Pfandverkaufs nicht günstiger gestaltet hätte, oder daß ein Pfandverkauf zu einer anderen Zeit doch zu keinem höheren Erlös geführt haben würde. In diesen Fällen ist dem Kläger kein Schaden entstanden.

D. Der Eigentumserwerb des gutgläubigen Erstehers.

§ 21.

Durch § 1244 BGB. wird dem Eigentumserwerb im Wege der öffentlichen Versteigerung die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 1233 Abs. II BGB. gleichgestellt. So kann gemäß § 1244 BGB. der Erwerber selbst dann Eigentümer des Pfandes werden, wenn das Pfand nach § 1233 Abs. II BGB., §§ 820, 821 ZPO. freihändig verkauft ist oder der nach § 1233 Abs. II BGB. erforderliche vollstreckbare Titel nicht vorliegt. Voraussetzung für diesen Eigentumserwerb ist die Gutgläubigkeit des Erwerbers. Gutgläubig ist der Erwerber dann, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit den Mangel des Pfandrechtes oder die Nichtrechtmäßigkeit der Veräußerung nicht kannte, soweit nicht unersetzbare Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen verletzt sind[97]).

Für den guten Glauben des Erwerbers an das Pfandrecht des Veräußerers ist es gleichgültig, ob das Pfandrecht gar nicht entstanden oder später erloschen ist. Gedeckt wird auch der Fall, daß das Pfandrecht mehreren gemeinsam zusteht und einer der Mitpfandgläubiger das Pfand entgegen § 747 Satz 2 BGB. allein ohne die Zustimmung der anderen Pfandgläubiger veräußert; denn der veräußernde Pfandgläubiger hat für sich allein ein Pfandrecht nicht. Man kann nicht jedem Mitpfandgläubiger ein selbständiges Pfandrecht zubilligen[98]). Nach dieser Ansicht würde bei einer ungerechtfertigten Pfandveräußerung durch einen Mitpfandgläubiger die Pfandveräußerung rechtmäßig sein, so daß § 1244 BGB. überhaupt nicht zur Anwendung kommen würde. Bei einem gemeinschaftlichen Pfandrecht ist auch die Verkaufsberechtigung ein gemeinschaftliches Recht, über das die Gemeinschafter, die Mitpfandgläubiger, gemäß § 747 Satz 2 BGB. nur gemeinsam verfügen können. Die Pfandveräußerung kann weder ein Mitpfandgläubiger allein verlangen, noch kann sie durch einen Mehrheitsbeschluß der Gemeinschafter für zulässig erklärt werden; denn die Veräußerung des Pfandes bedingt eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Pfandrechtes. § 745 Abs. III BGB. Die Veräußerung durch den Mitpfandgläubiger ist demnach unrechtmäßig, aber bei gutem Glauben des Erwerbers des Pfandes gemäß § 1244 BGB. gültig[99]).

Weiß aber der Erwerber gar nicht, daß es sich um eine Pfandveräußerung handelt, indem er glaubt, der Pfandgläubiger veräußere seine

---

97) Siehe oben § 20 S. 39.
98) So Burghart in Seuff. Bl. Bd. 73 S. 404.
99) Vgl. Emmerich S. 471; Nebinger S. 9 f.

eigene Sache, dann wird er Eigentümer der Sache nach § 932 BGB. Ob der Verkäufer auch nur die unersetzbaren Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Pfandveräußerung einhielt, ist dabei gleichgültig. In diesem Falle findet § 1244 BGB. keine Anwendung. Wird aber die Sache als Pfand veräußert und weiß der Erwerber dies auch, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er den Veräußerer für den Eigentümer des Pfandes gehalten habe. Denn für diesen Fall kommt § 1244 BGB. zur Anwendung, und somit wird nur der gute Glaube an das Pfandrecht geschützt.

Der Erwerber muß im Falle des § 1244 BGB. ebenso wie nach § 932 BGB. zur Zeit der Uebergabe des Pfandes gutgläubig sein. War er nur zur Zeit des Zuschlages in gutem Glauben, so wird er nicht Eigentümer des Pfandes. Andererseits geht er seines Eigentums nicht dadurch wieder verlustig, daß er später, nach der Uebergabe der Sache, die wahre Rechtslage erfährt. Der gute Glaube wird hier ebenso wie im Falle des § 932 BGB. vermutet. Ist der Erwerber auch hinsichtlich der Belastungen im guten Glauben, so erlangt er gemäß §§ 1244, 936 BGB. lastenfreies Eigentum. In Frage käme hier z. B. ein Nießbrauchsrecht, das allen Pfandrechten im Range vorgeht. Ist das bestehende Recht des Dritten ein Pfandrecht oder ein nicht allen Pfandrechten im Range vorgehendes Nießbrauchsrecht, so erlischt es selbst dann, wenn es dem Erwerber bekannt ist. § 1242 Abs. II BGB. Der gute Glaube des Erwerbers muß dahin gehen, Eigentum durch Pfandveräußerung zu erlangen, also auch mit der Wirkung des § 1242 Abs. II BGB.

Der gutgläubige Erwerber des Pfandes wird auch dann geschützt und wird auch dann Eigentümer, wenn das veräußerte Pfand dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonstwie abhanden gekommen ist. Das ist bei einem Pfandverkauf im Wege der öffentlichen Versteigerung gemäß § 935 Abs. II BGB. eine Selbstverständlichkeit, wenn es sich um eine Eigentumsübertragung durch einen Pseudoeigentümer handelt. Aber auch bei einem freihändigen Pfandverkauf von gestohlenen, verlorenen oder sonstwie abhanden gekommenen Gold- und Silbersachen oder marktgängigen Wertpapieren durch den Pfandgläubiger gemäß §§ 820, 821 ZPO. wird der gutgläubige Erwerber Eigentümer des Pfandes, falls nicht gegen die unersetzbaren Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der §§ 820, 821 ZPO. verstoßen ist; denn § 1244 BGB. schließt den § 935 BGB. von der Anwendung aus. Im Entw. I § 1182 war ausdrücklich erwähnt, daß Entw. I § 879 Satz 2, der von den abhanden gekommenen Sachen handelt, unanwendbar sei. Diese ausdrückliche Normierung ist später wieder fallen gelassen[100]). Die Vorschrift des § 1244 BGB. findet auch Anwendung, wenn der Eigentümer, der persönliche Schuldner oder der Pfandgläubiger der Erwerber des versteigerten Pfandes ist. Für den Eigentumserwerb wird auch hier vorausgesetzt, daß der Erwerber oder, soweit es gemäß § 166 BGB. auf die Person des mit dem Erwerbe des Pfandes Beauftragten als seines Vertreters ankommt,

---

[100]) Vgl. Mugdan, Mat. III S. LXXXVI, S. 465, 935.

sich dieser in Ansehung der fehlenden Erfordernisse in gutem Glauben befunden hat.

Auch der schlechtgläubige Erwerber kann Eigentümer des Pfandes werden. Stand dem Veräußerer ein Pfandrecht an der Sache überhaupt nicht zu, so kann die Veräußerung des Pfandes doch mit rückwirkender Kraft dadurch wirksam werden, daß der wahre Eigentümer die Veräußerung des Pfandes gemäß § 185 Abs. II Satz 1 erster Satzteil BGB. genehmigt. Ein Verstoß gegen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen kann dagegen nicht einseitig genehmigt werden, da eine nichtrechtmäßige Pfandveräußerung auch nicht durch eine einseitige nachträgliche Zustimmung rechtmäßig werden kann. Die Nichtrechtmäßigkeit schließt insoweit jeden Eigentumsübergang aus. In diesem Falle ist vielmehr zur Gültigkeit der Veräußerung die gemeinsame Einwilligung des Pfandgläubigers und des Eigentümers — entsprechend einer Vereinbarung gemäß § 1245 BGB. — erforderlich. Auch hier wird eine von den Vorschriften der §§ 1234 — 1240 BGB. abweichende Art des Pfandverkaufes vertraglich bestimmt. Diesem Vertrage müssen auch die Dritten zustimmen, deren Rechte durch die Veräußerung erlöschen würden. Emmerich[101]) ist allerdings der Ansicht, daß diese Aenderungen des Verfahrens mit rückwirkender Kraft nicht möglich seien. Da die Vorschriften über die Rechtsfolgen des Pfandverkaufes zwingendes Recht seien, könnten nach ihrem Eingreifen keine Vereinbarungen mehr getroffen werden, welche zu Aenderungen dieser Rechtsfolgen führen müßten. Diese Ansicht ist abzulehnen. Den Beteiligten steht es immer frei, durch besondere Vereinbarungen über ihr Eigentum und ihre dinglichen Rechte an dem Pfande zu verfügen. Deshalb können sie auch bei einer nichtrechtmäßigen Veräußerung des Pfandes im Vertragswege den Rechtszustand herstellen, der bestehen würde, wenn die Pfandveräußerung rechtmäßig gewesen wäre.

Auf diese Weise ist dasselbe Ergebnis erreicht, und der Erwerber wird Eigentümer des Pfandes. Weder die Genehmigung, noch der Vertrag kann aber durch eine Entscheidung des Amtsgerichtes — vgl. § 166 FGG. — gemäß § 1246 BGB. ersetzt werden[102]). Vor der Vornahme des Pfandverkaufs ist das Gericht zwar in der Lage, die fehlende Einigung der Beteiligten durch seine Entscheidung gemäß § 1246 Abs. II BGB., § 166 FGG. zu ersetzen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß diese Entscheidung auch noch nachträglich erfolgen kann. Dem Gerichte kann nicht die Möglichkeit gegeben sein, die fehlende Zustimmung eines Beteiligten, der die erfolgte nichtrechtmäßige Pfandveräußerung nicht gelten lassen will, zu ersetzen.

---

101) S. 335.
102) A.A.: Nebinger S. 46 f.

Lebenslauf.

Als Sohn des Studienrats Dr. Walther Rowoldt und seiner Ehefrau Agnes, geb. Schnitker bin ich, Heinrich Rowoldt, am 5. Februar 1911 in Wilhelmshaven geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule des staatlichen Kaiser-Wilhelms-Gymnasiums zu Wilhelmshaven besuchte ich dieses Gymnasium 6 Jahre und dann das staatliche Gymnasium Ulricianum zu Aurich in Ostfriesland 3 Jahre, wo ich am 28. Februar 1929 die Reifeprüfung bestand. Vom SS. 1929 ab studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar 4 Semester in München, 1 Semester in Berlin und 4 Semester in Halle. In München hörte ich hauptsächlich bei den Herren Professoren Dr. Dr. Beyerle, van Calker, Dyroff, von Frank, Grueber, W. Kisch, Lotz, Müller-Erzbach, Riezler, Wenger und von Zwiedeneck-Südenhorst, in Berlin bei den Herren Professoren Dr. Dr. Bornhak, Bruns, Goldschmidt, Kohlrausch, Nußbaum, Stutz, Triepel und M. Wolff und in Halle bei den Herren Professoren Dr. Dr. Bilfinger, Boehmer, Finger, Fleischmann, Grünfeld, Hein, Jahn, Joerges, G. Kisch, Kitzinger, Schmaltz, R. Schmidt und Schwinge.

Am 12. Juli 1934 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Naumburg a. d. S. Meinen Vorbereitungsdienst trat ich am 10. September 1934 bei dem Amtsgericht in Aurich an und setzte ihn nach fast dreimonatlicher Beurlaubung am 3. September 1935 bei dem dortigen Landgericht fort. Seit dem 15. Februar 1936 bin ich bei der dortigen Staatsanwaltschaft zur weiteren Ausbildung beschäftigt.

Die unmittelbare Anregung und das Thema der Dissertation verdanke ich Herrn Prof. Dr. Hein, dem ich mich auch sonst in vielfacher Hinsicht für Anregungen und Förderung während meiner wissenschaftlichen Ausbildung zu ganz besonderem Dank verpflichtet fühle.